Stellvertretung beim Strafantrag.

Inaugural-Dissertation,

verfaßt und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

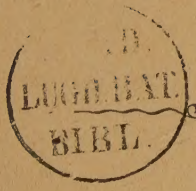
Erlangung der rechts- und der staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Georg Herzog,

Referendar

aus **Goldberg** i. Schl.



Würzburg.

C. J. Becker's Universitäts-Buchdruckerei.

1904.

Litteraturangabe.

I. Lehr- und Handbücher.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898.
Binding: Handbuch des Strafrechts I. Bd. 1885.
Bornhak: Das preußische Staatsrecht, 1888 ff.
Dernburg: Pandekten, 5. Aufl. 1896.
Geyer: Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, 1884/85.
Hülschner: Das gemeine deutsche Strafrecht 1881/1887.
Köstlin: System des deutschen Strafrechts 1855/56.
v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 7. Aufl. 1896.
Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl. 1895.
Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1874.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl. 1891.
v. Holtzendorffs Rechtslexikon, 3. Aufl. 1880—82.

II. Kommentare.

Fischer und Henle: Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs, 1897.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 2. Aufl. 1901.
Fuchsberger und Gareis, das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, 1891.
Löwe, Strafprozeßordnung für das deutsche Reich.
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 12. Aufl. 1888.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 3. Aufl. 1890.
Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 1879.
Rüdorff-Stenglein, das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 4. Aufl. 1892.
v. Schwartze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 5. Aufl. 1884.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. Aufl. 1899.

II. Einzelabhandlungen.

1. Aus Zeitschriften und Sammelwerken:

v. Bar: über die rechtliche Natur des Strafantrags des Verletzten, Goltdammers Archiv XIX, 1870.
Bolze: Der Strafantrag des gewillkürten Vertreters, Gerichtssaal XXXII, 1880.

Dochow: Die Antragsdelikte des Reichsstrafrechts in v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. 4, 1887.
Fischer: Der Beginn der Antragsfrist beim Vergehen des Ehebruchs, Gerichtssaal XXXII, 1880.
Geßler: Beiträge zum Klagerecht des Verletzten auf Bestrafung, Gerichtssaal XVIII, 1866.
Herzog: Uber den Strafantrag des gewillkürten Vertreters, Gerichtssaal XXXIII, 1881.
Holzapfel: Vollmacht und Auftrag in ihrer Bedeutung für das sog. Antragsrecht, Goltdammers Archiv XXX, 1882.
Köhler: Zur Lehre vom Strafantrag in Beling, strafrechtliche Abhandlungen III, 1899.
v. Kries: Die Prozeßvoraussetzungen des Reichsstrafrechts in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. V. 1885.
Samuely: Zur Lehre von den Antragsdelikten, Gerichtssaal XXXII, 1880.

2. Dissertationen.

Barnau: Stellvertretung im Strafrecht und Strafprozeß, Tübingen, 1890.
Cohn: Die Stellvertretung beim Strafantrage, Breslau 1893.
Dietz: Die Stellvertretung beim Strafantrage, insbesandere die Antragsberechtigung des Bevollmächtigten, Erlangen 1900.

3. Sonstige Einzelschriften.

Fuchs: Anklage und Antragsdelikte, 1873.
Hergenhahn, Das Antragsrecht im deutschen Strafrecht, 1878.
v. Kirchenheim: Die rechtliche Natur der Antragsdelikte, 1878.
Lehmann: Zur Lehre vom Strafantrage, 1881.
Nessel: Die Antragsberechtigung des deutschen Strafgesetzbuchs, 1873.
Reber: Die Antragsdelikte des deutschen Strafsrechts, 1874.

IV. Judikatur.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, abgekürzt R. G.

Inhalts-Verzeichnis.

A. Einleitung: Stand der Ansichten.
B. Stellvertretung in der Erklärung und im Willen.

I. Teil:
Die Vertretung in der Willenserklärung.

1. Kap.
Die Vertretung auf Grund speziellen Auftrags.

2. Kap.
Die Vertretung auf Grund generellen Auftrags.
1. Spezialisierung der Frage.
2. Entscheidung der Frage.
   a) Allgemeine Gesichtspunkte.
   b) Das geltende Recht.

II. Teil:
Die Vertretung im Willensentschluß.

1. Kap.
Ihre allgemeine Zulassung ist theoretisch unbedenklich.
1. Das allgemeine Wesen des Strafantrags in seinem Einfluß auf die Behandlung des Problems.
   a) Die materiell- oder formellrechtliche Natur des Strafantrags.
   b) Das Antragsrecht in seiner Eigenschaft als öffentliches und höchstpersönliches Recht.
      α) Öffentlichrechtlichkeit.
      β) Höchstpersönlichkeit.
2. Das spezifische Wesen des Antrags.
   a) Der Antrag ist nicht Gefühlsmanifestation, sondern ein dispositiver Akt.
   b) Das sogenannte Antragsrecht ist tatsächlich ein Recht, keine Pflicht.
   c) Das Antragsrecht ist vielmehr ein Recht durch Unterlassung der Antragstellung die öffentliche Klagerhebung zu hindern als ein positives Recht auf diese selbst.

2. Kap.

Praktische Brauchbarkeit des gewonnenen Resultats.

1. Einwendungen.
2. Positive Vorzüge.
   a) Berücksichtigung der Lebensbedürfnisse.
   b) Bedeutung für die Rechtssicherheit.
      α) Der Fall ausdrücklich erklärten Auftrags.
      β) Der Fall blos konkludenten Auftrags.

C. Schluß: negotiorum gestio.

A.

Einleitung.

§ 1.

Die Frage nach der Zulässigkeit der Stellvertretung beim Strafantrag beschäftigt Theorie und Praxis schon seit Erlaß des St. G. B., ohne daß man jedoch eine allgemein befriedigende Lösung gefunden hätte. Vielmehr stehen sich nach wie vor zwei Meinungen scharf gegenüber. Die Anhänger der einen lassen, wenn auch nicht in allen Fällen, so doch grundsätzlich Stellvertretung beim Strafantrag zu; die Vertreter der andern erklären sie für gänzlich unstatthaft.[1])

Die ersterwähnte Ansicht ist die herrschende. Allein wenn man nicht die Stimmen zählt, sondern die Gründe wägt, so möchten fast deren Gegner im Vorteil erscheinen. Freilich haben auch von den Autoren dieser Richtung nicht alle sich auf eine eingehendere Begründung ihrer Meinung eingelassen. Selbst Binding in seinem „Handbuch“ [2]) scheint zu zweifeln, ob seine Argumentation die Gegner voll überzeugen werde.[3]) Immerhin harren eine Anzahl von den Gegnern der herrschenden Lehre erhobener, nicht unbeachtet zu lassender Einwände noch der Widerlegung. Dies gilt namentlich von der Abhandlung von Holzapfel.[4])

---

[1]) Näheres siehe Dietz, S. 10 ff.
[2]) I, S. 652 ff.
[3]) Anm. 1 a. a. O.
[4]) l. c.

Der prekäre Stand unserer Frage erklärt sich hauptsächlich daraus, daß das St. G. B., wie es keine direkte diesbezügliche Bestimmung enthält, überhaupt die Materie vom Strafantrag nicht so klar und lückenlos regelt, daß aus den einschlägigen Sätzen hinsichtlich der Zulässigkeit der Stellvertretung ein Gewißheitsschluß möglich wäre, und daß somit die Wissenschaft darauf angewiesen ist, die Lösung des Problems aus allgemeinen Prinzipien herzuleiten, Analogien aufzusuchen und sich mit Wahrscheinlichkeitsschlüssen zu begnügen. Andrerseits kann all den Schriftstellern, die sich mit unserer Frage beschäftigt haben, der Vorwurf einer gewissen Einseitigkeit nicht erspart bleiben. Während sie es nämlich an Ausblicken ganz allgemeiner Art nicht fehlen lassen, schenken sie dem spezifischen Wesen des Antrags meist nicht die nötige Beachtung, ein Fehler, der in der Folge nach Möglichkeit vermieden werden soll.

Dennoch dürfte es auch vorliegender Arbeit mit Rücksicht auf die Mängel der ihr zu Grunde liegenden gesetzlichen Bestimmungen kaum vergönnt sein, ein so zwingendes Resultat zu finden, daß hierdurch allen Einwendungen auch der Schein einer gewissen Berechtigung genommen würde. Erlangung möglichst großer Wahrscheinlichkeit wird uns genügen müssen.

B.

Stellvertretung in der Erklärung und im Willen.

I. Teil.

Die Vertretung in der Willenserklärung.

1. Kapitel.

Die Vertretung auf Grund speziellen Auftrags.

§ 2.

Die Zulässigkeit der Stellvertretung in der Erklärung wird in der Litteratur nirgends bestritten. Man geht hierbei von der Ansicht aus, daß, da St. P. O. S. 156 II eine besondere Form für die Abgabe der Antragserklärung nicht verlange, diese in allen üblichen Formen der Willenserklärung innerhalb der durch § 156 St. P. O.

gezogenen Grenzen, somit auch durch einen Vertreter abgegeben werden könne,[1]) und in der Tat ist es doch zweifellos „rechtlich gleichgültig, ob der Verletzte den Antrag schriftlich oder durch mündliche Erklärung seines beauftragten Sohnes eingehen läßt." [2]) Manche Autoren[3]) setzen daher die bejahende Beantwortung dieser Frage geradezu als selbstverständlich voraus. Das ist jedoch nicht unbedenklich. Denn mit denselben Argumenten, mit denen man in der Regel gegen die Willensstellvertretung beim Strafantrage zu Felde zieht, könnte man auch sehr leicht die Statthaftigkeit der Erklärungsstellvertretung bestreiten. So trifft doch z. B. Holzapfel,[4]) wenn er das Wahlrecht in Parallele mit dem Recht auf Strafantrag setzt und ausruft: „Wo hat man je gewagt zu behaupten, daß ein Wahlberechtigter seine Stimme durch einen Stellvertreter abgeben könne?" hiermit, freilich ohne es zu wollen, auch die Vertretung in der Erklärung.

Es wird jedoch anzunehmen sein, daß das Gesetz nicht beabsichtigt hat durch Ausschließung der Vertretung in der Willenserklärung dem Gebrauche des Antragsrechts Schwierigkeiten zubereiten.

Noch weniger wie die Antragstellung bedarf die Beauftragung zu dieser einer besonderen Form. Für sie gelten nicht einmal die Schranken des § 156 St. P. O., der „nur von der Beurkundung des Antrags handelt, nicht von der Legitimation des Antragstellers, d. h. desjenigen, der den Antrag bei der Behörde persönlich anbringt, im Gegensatz zum Antragsberechtigten" [5]); sie kann stets sowohl schriftlich wie mündlich erfolgen; auch stillschweigende Bevollmächtigung genügt.

Mangels besonderer, dem nur über die Anbringung des Strafantrags handelnden § 156 St. P. O. entsprechender Bestimmungen ist auch die Zurücknahme des Antrags an keine Form gebunden und

---

[1]) Frank § 61, IV, l. R. G. I, 387. II, 125. II, 148.
[2]) Rubo, S. 505, VII. Holzapfel, l. c. S. 434. R. G. I, 389.
[3]) Binding, S. 652. Geyer, S. 208. Schwartze S. 264, VI.
[4]) l. c. S. 430 a. E.
[5]) R. G. III, 425.

somit hier gleichfalls Abgabe der Erklärung durch einen Vertreter unbedenklich.[1])

Auch dies ist allseitig anerkannt.

2. Kap.

Die Vertretung auf Grund generellen Auftrags.

1. Spezialisierung der Frage.

§ 3.

Da also hier ein ziemlich unbestrittenes Ergebnis vorlag, war es ein durchaus verständliches Bemühen des Reichsgerichts[2]) den Begriff der Stellvertretung in der Erklärung möglichst ausdehnend zu interpretieren. Der oberste Gerichtshof behauptete nämlich, eine solche Stellvertretung sei auch auf Grund eines allgemeinen Auftrags zulässig, so daß also nach dieser Entscheidnng drei Stufen der Vertretung gegeben sind: Vertretung in der Erklärung auf Grund spezieller Auftrags, auf Grund generellen Auftrags und Vertretung im Willen. Das R. G.[3]) sagt wörtlich: „Daraus — d. h. aus der zweifellosen Zulässigkeit der Erklärungsstellvertretung im Einzelfall — folgt weiter, daß auch in einer Generalvollmacht, durch welche jemandem die Verwaltung eines ganzen Vermögensstücks übertragen wird, gültig die Erklärung abgegeben werden kann, daß der Auftraggeber in allen Fällen, in denen von seiten Dritter strafbare Eingriffe in das der Verwaltung des Bevollmächtigten unterstellte Vermögen geschehen, mit einer Strafverfolgung einverstanden sei und der Bevollmächtigte ermächtigt sein solle den Strafantrag zu stellen."

Demgegenüber meint Dietz[4]), wenn jemand eine andere Person anweise — sei es in allen für ihn eine Antragsberechtigung begründenden Fällen, sei es nur hinsichtlich einer genau bezeichneten Art von Delikten — an seiner Statt Strafantrag zu stellen, so handle es sich um eine Stellvertretung im Willen, z. B. wenn ein Minister

---

[1]) R. G. VIII, 79.
[2]) R. G. I, 387.
[3]) l. c.
[4]) S. 7.

einen seiner Untergebenen beauftrage bei allen ihm zugefügten Beleidigungen Strafantrag zu stellen. In einem solchen Falle sei es nämlich dem Beauftragten anheimgegeben, zu entscheiden, ob die in Frage kommenden Delikte unter die ihm zur Verfolgung aufgegebene Art fallen.

Hier scheint aber Dietz die Vertretung im Willen zu verwechseln mit geistiger Tätigkeit für einen andern, mit Denken für ihn. Der Dolmetscher, der meine Erklärungen der fremdsprachigen Gegenpartei übermittelt, stellt allerdings seine Denktätigkeit in meinen Dienst; für mich zu wollen hat er keine Gelegenheit. Wenn ich zu meinem Anwalt, nachdem ich ihm meinen Rechtsfall erzählt habe, sage: „Falls das eine Beleidigung ist, so stellen Sie, bitte, für mich Strafantrag", und wenn er dann diesen Auftrag ausführt, so ist er kein Stellvertreter im Willen, sondern nur Vertreter in der Erklärung.

Dasselbe gilt, auch wenn es sich um einen ganz allgemeinen Auftrag zur Stellung von Strafanträgen handelt.

Das R. G. geht nun allerdings in der erwähnten Entscheidung noch weiter als in der oben citierten Stelle, insofern es ausführt, es sei nicht erforderlich, daß die Generalvollmacht eine besondere Spezialvollmacht zur Stellung von Strafanträgen enthalte; vielmehr müsse auch ohne solche der Generalbevollmächtigte zur Stellung des Antrages befugt erscheinen, „wenn und insoweit im einzelnen Falle die Stellung des Antrages dem wirklichen Willen des Vollmachtgebers entsprechend angenommen werden könnte." [1])

Wenn im Hinblick auf diesen Satz Dietz [2]) fragt: „Was ist denn dann überhaupt Stellvertretung im Willen, wenn das noch solche in der Erklärung ist?" so kann man ihm freilich nicht unrecht geben. Hier geht das R. G. m. E., selbst die Statthaftigkeit seiner Konstruktion zugegeben, zu weit. Die diesem Ausspruch zu Grunde liegende Auffassung, daß jeder, der einen Vertreter mit der Wahrnehmung seiner vermögensrechtlichen Intressen betraut, diesem hiermit zugleich den Auftrag erteile bei jeder Verletzung derselben dem Schul-

[1]) R. G. I, 387.
[2]) S. 19.

digen unter allen Umständen rücksichtslos mit allen zu Gebote stehenden Rechtsmitteln zuzusetzen, widerspricht den Sätzen der Erfahrung.

Übrigens hat das R. G. mit seiner Lehre von der Erklärungsstellvertretung auf Grund allgemeinen Auftrags wenig Anklang gefunden; gleich von Anfang hat sich die Litteratur, soweit sie überhaupt zwischen Auftrag und Vollmacht bezw. Ermächtigung,[1]) d. h. zwischen Erklärungs- und Willensstellvertretung, scharf unterscheidet,[2]) ziemlich einstimmig gegen sie gewandt,[3]) und auch das R. G. selbst hat an seiner Konstruktion nicht festgehalten.[4])

Die weitere Würdigung der reichsgerichtlichen Doktrin mag an eine Ausführung Holzapfel's[5]) angeknüpft werden, die folgendermaßen lautet: „Ein allgemeiner Auftrag unterscheidet sich von einem speziellen dadurch, daß der Mandant die einzelnen Deliktsfälle, in denen der Mandatar eingreifen soll, nicht als species, sondern als genus sich vorgestellt hat," und er stellt dann folgende Frage: „Ist der generelle im voraus erklärte Antragswillen ein genügendes Substrat des Strafantrags?"

Unseres Ermessens ist ein solcher genereller Wille unbedenklich zuzulassen. Und in der Tat, wenn z. B. A im Mai 100 zum Strafantrag berechtigende Verletzungen erfahren hat, so kann er am 1. Juni ohne Zweifel einen Stellvertreter ganz generell mit der Stellung der 100 Anträge beauftragen. Niemand wird in diesem Falle 100 einzelne Erklärungen oder auch nur den Nachweis der 100 speziellen Willensentschlüsse verlangen. Andrerseits aber ist auch ein im voraus erklärter, auf Grund einer Vorstellung des Delikts als species entstandener Antragswillen sehr wohl denkbar. Somit könnte z. B. der Auftraggeber sagen: „Du A sollst Strafantrag stellen, wenn X, wie er gedroht hat, vorsätzlich den Spiegel Y zerschlägt oder meine noch nicht sechszehnjährige Tochter B verführt," — nicht aber: „wenn mich X beleidigt," da die Vorstellung

---

[1]) Sämtlich nicht in civilistischem Sinne gebraucht.

[2]) Schwarze S. 264 VI. Rüdorff S. 212 XIV. Berner S. 334 IX. Olshausen S. 312 XVIII.

[3]) Cohn S. 36. Herzog, l. c. S. 395. Bolze l. c. S. 435.

[4]) R. G. II 145.

[5]) l. c. S. 434. 435.

einer Beleidigung an und für sich eine generelle ist, während eine spezielle erst dann vorliegen würde, wenn das Vorstellen des Mandanten unter den überhaupt möglichen zahllosen und mannigfachen Erscheinungsformen der Beleidigung auf eine bestimmte in ihren wesentlichen Merkmalen gerichtet wäre.

Anderer Meinung ist Dietz, der gegen Köhler schreibt,[1]) der Antragswillen könne nie für zukünftige Delikte einem Dritten gegenüber ausgesprochen werden, und es sei dabei gleichgültig, ob sich ein solcher im voraus erteilter Auftrag auf einen einzelnen Fall beziehe oder ganz allgemein gehalten sei. Denn das Gesetz wolle, daß der Eindruck, den ein geschehenes Antragsdelikt auf den Berechtigten mache, für die Antragstellung maßgebend sei. Dietz verkennt, daß man den Eindruck, den ein bestimmt vorhergesehenes konkretes Antragsdelikt machen werde, sich im Normalfall, von Nebensächlichkeiten abgesehen, ganz gut im voraus vorstellen kann. Oder muß etwa der Pastor Fromm, der aus ganz sicherer Quelle weiß, daß ihn sein Kollege Liebreich morgen bei der Abendgesellschaft des Dr. Schneider einen kleinen Tartüff nennen will, ein Hellseher sein, um sich vorher entschließen zu können, was er tun solle?

Fernerhin sei noch bemerkt, daß es, wie vertretbare Sachen, so auch vertretbare Delikte giebt, nämlich fungible rechtswidrige Handlungen fungibler Personen, und daß hier eine spezielle Vorstellung jedes einzelnen Delikts wohl nicht erforderlich ist. So könnte z. B. doch ein Gutsbesitzer, der auf seinem Gute 100 halbwilde galizische Arbeiter beschäftigt, gewiß ohne weiteres seinen Verwalter beauftragen auf Grund aller durch diese eventuell einmal begangenen Sachbeschädigungen einer — etwa nach Gegenstand und Schwere des Delikts, insbesondere nach Größe des angerichteten Schadens — bestimmten Art Strafantrag zu stellen.

---

[1]) S. 25—27.

2. Entscheidung der Frage.

a) Allgemeine Gesichtspunkte.

§ 4.

Die bisherigen Erörterungen hatten den Zweck darauf hinzuweisen, daß es neben dem echten generellen Willen, wie ihn Holzapfel definiert (s. o.), auch einen scheinbaren giebt, indem bald nur eine generelle Willenserklärung vorliegt oder der vermeintlich generelle Wille selbst nur ein Komplex mehrerer Einzelwillensentschlüsse ist, bald der Umstand, daß das Ereignis, auf dem der Wille fußt, in der Zukunft liegt, die Spezialität der Vorstellung und des Willens nicht hindert, bald auch ein spezieller Willen von der Verkehrsanschauung gar nicht gefordert wird.

Was nunmehr die Möglichkeit eines wahren generellen Antragswillens anlangt, so könnte man hier etwa Folgendes ausführen:

Der Strafantrag ist Willensäußerung. „Kein Wollen ist denkbar ohne die Wirksamkeit der beiden andern Grundkräfte unserer Seele, des Fühlens und des Vorstellens.“ [1]) Es ist nämlich jeder Wille das Ergebnis eines Kampfes der Motive, wobei das eine Hauptmotiv durch das Gefühl eines gegenwärtigen unlusterregenden Zustandes geschaffen wird, das andere in der Vorstellung eines durch die Aktion des planbildenden Individuums herbeizuführenden Zustandes der Lust liegt.[1])

Beim Vorliegen eines sog. generellen Auftrags zur Stellung von Strafanträgen nun hätten wir auf der einen Seite das Gefühl des Schmerzes, das eventuell einmal eintretende Verletzungen in Zukunft erregen könnten, auf der andern die Vorstellung der durch die eventuelle Bestrafung der Übeltäter erlangten Lust. Ein Kampf jedoch zwischen Vorstellungen von so großem Umfange und so unsicheren Grenzen wäre dem Streite von körperlosen, unverwundbaren und darum unbesieglichen Wesen zu vergleichen, deren Fehde nie ausgetragen werden kann.

Ein wahrer Wille kann auf solchem Wege überhaupt nicht entstehen.

---

[1]) R. Schmidt, Grundr. zu Vorlesungen, 1898, § 18.

Eine gewisse Ähnlichkeit mit diesen eben besprochenen Vorstellungen von zukünftigen, generellen Tatsachen weisen die bloßen Phantasievorstellungen auf. Denn auch diese vermögen ebensowenig eine wirkliche Handlung in psychologischem Sinne hervorzurufen. Was dagegen Wirkungen betrifft, die auf das Innere des Menschen beschränkt sind, so sind diese den Phantasievorstellungen nicht abzusprechen. So sind sie ohne Zweifel imstande wie Vorstellungen von wirklich existierenden Zuständen im Kampfe mit einander zu ringen, einen Plan zu schaffen, ja einen Zustand völligen Entschlossenseins herbeizuführen, also eine Wirkung zu äußern, die unmittelbar vor der Willenshandlung steht.

Die generellen Vorstellungen dagegen vermögen nicht einmal diese inneren Wirkungen hervorzubringen, sondern sind von psychologischem Standpunkt aus, wie vorhin gezeigt, nicht existierende Schemen.

Aus alledem folgt, daß, wenn X einen generellen Auftrag zur Stellung von — Strafanträgen gleichgiltig natürlich, ob an seinen Privatvertreter oder an eine zur Entgegennahme von Strafanträgen für den konkreten, gegenwärtigen Einzelfall verpflichtete Behörde — erteilen wollte, keine wahre Willenskundgebung, sondern nur ein sog. äußeres Tun vorläge, das ebensowenig Berücksichtigung verdiente, wie eine im Rausche oder im Wahnsinn vorgenommene Scheinhandlung. Dasselbe würde natürlich bei dem entgegengesetzten Generalauftrage, Strafanträge nicht zu stellen, zu gelten haben.

Entscheidend ist dies Ergebnis für uns noch keineswegs; denn es könnte das Recht aus praktischen Gründen einen generellen Willen in bestimmten Beziehungen dennoch als vorhanden annehmen.

b. Das geltende Recht.

§ 5.

Hat nun das Recht von dieser seiner Macht Gebrauch gemacht? Kennt es einen auf Grund genereller Vorstellungen gebildeten, selbst generellen Willen?

Eine allgemeine Norm oder eine speziell hinsichtlich des Strafantrags erlassene Bestimmung existiert in dieser Beziehung jedenfalls nicht. Es bleibt aber die Frage, ob das Recht irgend sonst wo für

bestimmte Einzelfälle einen generellen Willen zuläßt, von denen aus ein Analogieschluß auf unseren Fall möglich wäre.

Ein solches Analogon scheint zu sein die Offerte an einen unbestimmten Personenkreis. Denn hier hat doch der Offerent weder eine Vorstellung von der Zahl und Person der Acceptanten noch von der Art der Annahmeerklärungen, etwa davon, ob sie mit oder ohne Modifikationen erfolgen werden u. s. w. Zwar besteht die Ansicht, daß in jener sog. Offerte nur eine Aufforderung zum Stellen von Offerten, also noch kein rechtlich bedeutsamer Wille vorliege, eine Ansicht, der bekanntlich auch das alte H.G.B. Art. 337 folgte. Allein nehmen wir einen Fall, wo die sog. Offerte an einen unbestimmten Personenkreis durch einen Automaten vermittelt wird, so ist es gleichgültig, welcher von beiden Ansichten wir uns anschließen. Nehmen wir an, schon das Dastehen des gefüllten, mit einer die Vertragsbedingungen angebenden Aufschrift versehenen Automaten sei eine echte Offerte, so ist der in dieser zum Ausdruck kommende Wille aus den oben angeführten Gründen augenscheinlich generell. Nehmen wir dagegen an, daß in dem Ausstellen des Automaten nur eine Aufforderung zum Stellen von Offerten lieg, dagegen die Offerte selbst erst durch den Einwurf des Zehnpfennigstücks dargestellt werde, so tritt uns dann ein scheinbar genereller Wille in der Annahme, d. h. dem Auswurf der Automatenware, dem Vollzug der automatischen Leistung entgegen. Denn der Eigentümer des Automaten, um dessen Willen es sich hier handelt, falls wir nicht etwa Willen des Automaten fungieren wollen,[1]) hat beim Aufstellen bezw. Füllen des Automaten nur eine unbestimmt generische Vorstellung von Zahl und Person der Offerenten, sowie von der Art der Offerten, etwa davon, ob ein Zehnpfennigstück oder nur ein ihm an Gestalt und Gewicht gleiches Metallstück eingeworfen werden wird.

Und doch trügt der Schein, der uns hier einen generellen Willen vorspiegelt. Derjenige, der eine Offerte an einen unbestimmten Personenkreis richtet, diese als echte Offerte aufgefaßt, — als bloße Aufforderung zum Stellen von Offerten, somit als rechtlich unerheblicher Wille kommt sie für uns, wie erwähnt, nicht

[1]) Günther, Automatenrecht cfr. Frank S. 318 IV.

in Betracht —, der einen Automaten aufstellt, wird hierzu durch die konkrete, spezielle Vorstellung eines durch Aufgabe von Gütern, an denen er Überfluß hat, zu erzielenden, mit Hilfe der Wahrscheinlichkeitsrechnung im voraus zu ermittelnden Gewinnes bestimmt.

Ein auf Grund genereller Vorstellungen gebildeter Wille liegt endlich auch in folgendem Falle nur anscheinend vor:

Der Gewahrsam im Sinne von § 242 St. G. B., zu dem ja ein Herrschaftswille gehört, [1]) wird mir bekanntlich generell an allen Sachen, die in der in meinem Gewahrsam stehenden Wohnung für mich abgegeben werden, an allen Briefen, die in meinen Briefkasten gelangen, u. s. w. erworben. [1])

Hier scheint nun das Recht sogar noch einen Schritt weiter zu gehen, als für unserere Zwecke not wäre. Hier ist nämlich der generelle Wille dem Zimmerbewohner sogar unbewußt entstanden, und erklärt wird dieser Wille nicht durch einen Beauftragten, der den generellen Willen im Notfall noch modifizieren könnte (s. B. G. B. § 665), [2]) sondern durch eine bestimmte tatbestandliche Gestaltung. Allein in Wahrheit handelt es sich bei diesen sog. generellen Willen nur um eine Reihe präsumierter Einzelwillen.

Das geltende Recht kennt nirgends einen wahren generellen Willen.

Gegen die Statuierung speziell eines generellen Antragswillens sprechen die Bestimmungen des St. G. B. bezw. der St. P. O. ganz deutlich, wie dies besonders Herzog [3]) in folgender Weise treffend ausführt:

„Wenn der Strafgesetzgeber in § 61 davon spricht, daß eine Handlung, deren Verfolgung nicht auf Antrag eintritt, nicht zu verfolgen sei, wenn der zum Antrag Berechtigte es unterlasse, den Antrag binnen drei Monaten zu stellen, und wenn er hiernächst diese Frist mit dem Tage beginnen läßt, seit welchem der zum Antrage Berechtigte von der Handlung und von der Person des Täters Kenntnis gehabt hat, so geht der Gesetzgeber hierbei offenbar von

---

[1]) Frank, S. 302 IV.
[2]) Fischer u. Henle, § 665, Anm.
[3]) l. c. S. 395.

der — übrigens auch in der Natur der Sache begründeten — Auffassung aus, daß sich ohne eine bereits fertig vorliegende und namentlich auch nach der subjektiven Seite hin in ihrer Besonderheit bestimmte strafbare Tat eine maßgebliche und endgiltige Willensentschließung des Antragsberechtigten über Ausübung oder Nichtausübung des Antragsrechts gar nicht denken lasse. Ebenso setzt der nach der prozessualen Seite hin in Frage kommende § 156 der St. P. O. wohl zweifellos gleichwie Anzeichen begangener strafbarer Handlungen, so auch diesfallsige Willensentschließungen und Anträge des zum Antrage Berechtigten voraus. Ja man darf behaupten, daß schon aus dem in dieser ganzen Lehre so wichtigen Begriffe des Verletzten (§ 65 des St. G. B.) mit Notwendigkeit folge, daß der Gesetzgeber hierbei allenthalben nur an Willensentschließungen resp. Anträge des Berechtigten nach bereits erfolgter Straftat, nicht aber an dergleichen Willensentschließungen eines erst möglicherweise in der oder jener Art und resp. von der oder jener Seite zu verletzenden Antragsberechtigten gedacht haben könne".[1]) u. [2])

Nicht durchschlagend dürfte dagegen der Einwand Cohns[3]) gegen die Ansicht des Reichsgerichts sein, der darauf hinweist, daß sich ein solcher genereller Auftrag auch gegen den Auftraggeber richten könne. Denn einerseits ist nicht einzusehen, warum nicht der Beauftragte bei augenfälligem Widerspruch der Intentionen des Auftraggebers mit seinem Auftrage im Ausnahmefall von diesem — wie im Civilrecht — abweichen kann; andererseits ist, selbst wenn man Auftrag nur als ganz strikte Erklärungsstellvertretung verstehen will, dem Gesetze doch nicht ohne weiteres die Tendenz unterzuschieben den Berechtigten vor sich selbst schützen zu wollen (s. u.).

Auch wenn Holzapfel[4]) gegen das Reichsgericht anführt, „es werde niemandem einfallen, bei der Behörde im voraus Generalantrag auf Verfolgung einer gewissen Kategorie strafbarer Hand-

[1]) Vergl. auch Köhler, S. 65.

[2]) Nicht aber können all diese Bestimmungen des nur den Normalfall im Auge behaltenden Gesetzes gegen die oben behauptete Zulässigkeit eines — nicht einmal echten — generellen Willens im Ausnahmefall ins Feld geführt werden.

[3]) S. 37.

[4]) l. c. S. 435.

lungen zu stellen", so ließe sich die Unstatthaftigkeit eines solchen der Behörde erteilten Auftrags vielleicht schon aus der Belastung dieser, die ja dann ganze Matrikeln der Auftraggeber führen müßte, und aus der Unmöglichkeit alle zum Strafantrag berechtigenden Verletzungen der Auftraggeber zu erforschen und so ihrer Pflicht zu genügen vollkommen erklären.

Wohl aber ist Herzog[1]) beizustimmen, wenn er zur Stütze seiner anderen Argumente einen Auftrag „in einer generell begrenzten Art von Fällen unbedingt und unterschiedslos Strafantrag zu stellen" für contra bonos mores verstoßend erklärt. Denn in der Tat würde es sittenwidrig sein, wenn der Antragsberechtigte, dem der Staat in den Fällen der Antragsdelikte das Recht giebt selbst über Verfolgung oder Nichtverfolgung des Schuldigen zu entscheiden, nun in einer den Intentionen des Staats direkt widersprechenden Weise über sein Antragsrecht disponierte.[2])

II. Teil.

Die Vertretung im Willensentschluß.

1. Kap.

Ihre allgemeine Zulassung ist theoret. unbedenklich.

1. Das allgemeine Wesen des Strafantrags in seinem Einfluß auf die Behandlung des Problems.

a) Die materiell- oder formellrechtliche Natur des Strafantrags.

§ 6.

Bei der zweiten Hauptfrage, die uns jetzt entgegentritt, nämlich der nach der Zulässigkeit einer Vertretung im Willensentschluß, erscheint es durch die Natur der Sache geboten, auf das Wesen des Antrags selbst einzugehen.

Allerdings die Frage nach der formellen oder materiellen Natur des Antrags ist für uns an sich belanglos; denn an und für sich

---

[1]) S. 396.

[2]) Vergl. auch Barnau, S. 20 f.

ist eine Vertretung ebensowohl auf dem Gebiete des materiellen wie des formellen Rechts denkbar. Insofern aber ist dieser Gesichtspunkt doch nicht ohne Bedeutung, als die einzelnen Schriftsteller, die die allgemeine Frage nach der Natur des Strafantrags erörtern, daraus für uns relevante Konsequenzen abzuleiten suchen.

Es wird nun hier im Einklang mit der herrschenden Meinung der Antrag als Institut des formellen Rechts aufgefaßt.

Die entgegengesetzte Ansicht beruht auf allgemeinen, aprioristischen Erwägungen, und diese sind, da das ganze Institut des Antrags lediglich praktischen[1]) Gründen seine Entstehung verdankt, völlig ungeeignet ein sicheres Resultat zu ergeben.

Von Wert ist bereits die Terminologie des Gesetzes. In dem Worte „Verfolgung" in § 61 St. G. B. wird die prozeßrechtliche Natur des Antrags zum Ausdrucke gebracht. Auch der Umstand, daß nach St. P. O. § 259, II, St. G. B. § 64, II bei Zurückziehung des Antrags auf Einstellung des Verfahrens erkannt werden muß, was auf den Mangel einer Prozeßvoraussetzung hindeutet,[2]) ist zu berücksichtigen. Zudem wäre im materiellen Rechte ein gleichsam bewegliches Tatbestandsmerkmal wie der zurückziehbare Antrag eine große Anomalie.

Ganz und gar nichts folgt daraus, daß die Bestimmungen über den Strafantrag ihre Stellung im 4. Abschnitt des St. G. B. unter den „Gründen, die die Strafe ausschließen oder mindern", gefunden haben.[3]) Ihrem Wesen nach gehört die Bestimmung des § 61 St. G. B. in die St. P. O. Ihre Aufnahme in das St. G. B. erklärt sich historisch. Da nämlich bekanntlich das R. St. G. B. geraume Zeit vor der R. St. P. O. entstand, so war diese Aufnahme nötig, weil sie für die Anwendung des St. G. B. unerläßlich war. „Darauf weist auch § 60 St. G. B. hin, der auch nicht auf die aus der Tat entsprungene Schuld von Einfluß sein kann".[4])

---

[1]) Reber, R. 36.
[2]) v. Kries, l. c., S. 31.
[3]) R. G. IV, 166.
[4]) R. G. II, 221.

Die Zufälligkeit der Übernahme der Bestimmung des § 61 in das St. G. B. reicht auch nicht aus eine Mittelmeinung zu stützen, die dem Antrag teils materielle, teils formelle Funktionen zuweist. Vielmehr ist der Strafantrag ausschließlich Institut des Prozeßrechts.

b) Das Antragsrecht in seiner Eigenschaft als öffentliches und höchstpersönliches Recht.

α) **Oeffentlichrechtlichkeit.**

§ 7.

Diese Eigenschaft des Antrags ist um so wichtiger, als in der Litteratur mit ihr fast durchgängig operiert wird.

Zwar mit dem römischen Rechte, das prinzipiell bei den delicta publica keine Prozeßführung durch einen procurator zuließ,[1]) brauchen wir uns nicht mehr auseinander zu setzen. Denn die Verschiedenheit der prozessualen Gestaltungen von damals und heute ist so groß, und die Quellen sind in dieser Hinsicht so dürftig, „daß ein Schluß von der Unzulässigkeit der Vertretung eines Anklägers im römischen Recht auf die Unstatthaftigkeit der Stellung eines Antrags im heutigen durch einen Bevollmächtigten unzulässig ist".[2])

Gegenwärtig sucht man den Ausschluß der Willensstellvertretung aus dem Wesen der öffentlichen Rechte zu deduzieren, wobei man jedoch nur mehr oder minder willkürlich gewählte Einzelbestimmungen heranzieht.[3])

Und in der Tat der öffentlichrechtliche Charakter[4]) des Strafantrags soll nicht geleugnet werden, wenn auch privatrechtliche Gesichtspunkte dabei mit zu beachten sind.[5]) Jedenfalls aber darf nicht einfach auf die Unzulässigkeit einer Willensvertretung bei einzelnen öffentlichen Rechten hingewiesen werden.

---

[1]) v. Kirchenheim, S. 75. 77.
[2]) Geßler, l. c., S. 84.
[3]) Holzapfel, l. c., S. 435. Cohn, S. 16.
[4]) Binding, Hdbch. I, 653. R. G. VII, 4. XV, 144. XIX, 2.
[5]) v. Kirchenheim, S. 38. Neffel, S. 59.

So ist z. B. die Bezugnahme auf das politische Wahlrecht[1]) und die Unzulässigkeit einer Stellvertretung bei seiner Ausübung nicht durchschlagend, da sich diese ganz gut aus dem singulären Wesen dieses Rechts erklären läßt. Auch daß sich der Richter keinen anderen Richter substituieren kann,[2]) ist nicht beweisend. Denn hier liegt ja eine eigentliche Stellvertretung nicht vor, da jeder Richter nur Organ ein und desselben Rechtssubjekts, des Staates, ist. Sieht man aber auch hiervon ab, so kann die Unzulässigkeit einer solchen Substitution einerseits einfach um der Ordnung willen ausgesprochen sein; andererseits ist dem Richter nur versagt sich selbst einen Stellvertreter zu wählen, während ihm im Fall seiner Behinderung ein solcher ernannt wird. (z. B. G. V. G. § 83,2). Von Holzapfels Standpunkt aus müßten eigentlich auch Delegationen der Gesetzgebungsgewalt und ebenso Blankettgesetze für unstatthaft erachtet werden. Die Unzulässigkeit ferner einer Vertretung im materiellen Strafrecht — bei der Begehung von Delikten — folgt aus der Natur der speziellen Verhältnisse[3]) und nicht aus dem Wesen des öffentlichen Rechts überhaupt.

Nach diesen Ausführungen bedarf es gegenüber der übrigens sehr anfechtbaren Behauptung,[4]) daß sich im Strafprozeß keine wahre Stellvertretung finde, keiner besonderen Stellungnahme. Doch mag noch daran erinnert werden, daß der Antrag blos an der Schwelle des Prozeßverfahrens selbst steht, das in Wahrheit erst durch die Klagerhebung des Staatsanwalts bezw. des Privatklägers eröffnet wird.[5])

Endlich kommt hier noch folgender Einwand Holzapfel's[6]) in Betracht: „Insofern in der Antragsberechtigung die Befugnis enthalten ist durch Unterlassung des Strafantrags die Verfolgung zu hindern, muß in der Bevollmächtigung auch ein teilweiser Verzicht

---

[1]) Holzapfel, S. 430. Nessel, S. 56, cfr. übrigens Bornhak I, S. 326.
[2]) Holzapfel, S. 530.
[3]) Barnau, S. 5.
[4]) Herzog, l. c. S. 406. A. A. Barnau, S. 26 ff. Bolze, l. c. S. 440. cfr. St. P. O. 233. 339. 370. 390.
[5]) Fischer, l. c., S. 499.
[6]) l. c., S. 431 a. E.

gefunden werden. Denn es unterliegt doch keinem Zweifel, daß der Berechtigte darauf verzichtet, von jener Befugnis Gebrauch zu machen, wenn er einen Dritten ermächtigt ihm dieselbe durch Stellung eines Strafantrags abzuschneiden. Allgemein aber wird einem Verzicht auf das Antragsrecht jede Wirkung abgesprochen". In der Tat nun ist die Befugnis durch Unterlassnng der Antragstellung die Strafverfolgung zu hindern in der Antragsberechtigung enthalten;[1]) (s. u.) daß aber in der Bevollmächtigung ein teilweiser Verzicht liegen soll, ist nicht zuzugeben. Ein „Verzicht" gegenüber dem Bevollmächtigten hinsichtlich des Rechts, zu dessen Ausübung er gerade bestellt ist, wäre nur dann anzunehmen, wenn man auch in der persönlichen Antragstellung einen solchen nachzuweisen vermöchte; denn auch durch diese wird ja das Recht durch Unterlassung des Strafantrags die Verfolgung zu hindern aufgegeben. In Wahrheit liegt aber weder in dem einen noch in dem anderen Falle ein Verzicht vor. Ein Verzicht gegenüber einem Dritten müßte doch begrifflich eine Aufgabe irgendwelcher Rechte zu dessen Gunsten enthalten. Nach diesem Merkmal eines wahren Verzichtes wird man aber in beiden Fällen vergeblich suchen. Durch den Verzicht des Antragsberechtigten auf sein Recht die Verfolgung zu hindern erlangt zwar der Staat die einzige Möglichkeit sein Recht auf Verfolgung auszuüben, geht ihm aber auch, vom zurückziehbaren Strafantrag abgesehen, das Recht auf Unterlassung der Verfolgung definitiv verloren. Da nun diese beiden „Rechte" vom Standpunkte Holzapfels gleichwertig sind, der Staat aber unter allen Umständen nur eins von beiden ausüben kann, so erlangt er allerdings keinen Nachteil, aber auch keinen Vorteil. Was sodann noch speziell den Verzicht auf das Recht die Verfolgung zu hindern betrifft, der in der Beauftragung eines Dritten mit der Willensstellvertretung bei allen den Vollmachtgeber zum Strafantrage berechtigenden Delikten liegen soll, so wird der Bevollmächtigte doch sicherlich in der für ihn durch die Bevollmächtigung begründeten Befugnis sich in jedem einzelnen Fall über Ver-

[1]) z. B. R. G. III, 83. A. A. Lehmann, S. 51. Köstlin S. 522 IX, v. Schwartze S. 257,10 c. Wie R. G. dagegen Schütze, S. 171 XVII, Olshausen S. 324 159, Berner, S. 334 10 und andere.

folgung oder Nichtverfolgung zu entscheiden und eventuell selbst die Verfolgung zu veranlassen grundsätzlich kaum etwas anderes als eine Last sehen. Eine gegenteilige Ansicht würde wenigstens kaum zu erklären vermögen, warum denn, falls überhaupt das der Vollmacht zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ein entgeltliches ist, der Entgelt von den Vollmachtgebern und an die Bevollmächtigten gewährt wird, indem sie folgerichtig es für angemessen erachten müßte, daß der Vollmachtgeber von seinem Bevollmächtigten für den Verzicht auf das Recht seine Geschäfte selbst zu besorgen eine Entschädigung erhielte. In beiden Fällen handelt es sich somit um keinen Verzicht, sondern um einen Akt, der sich entfernt etwa mit der Vornahme der Wahl bei einer Alternativobligation zwischen den zur Wahl stehenden Gegenständen durch den Berechtigten vergleichen ließe. In obligatione wären das Recht auf Strafverfolgung und das Recht auf deren Hinderung, das Recht über Verfolgung und Nichtverfolgung selbst zu entscheiden und das Recht diese Entscheidung einem anderen zu überlassen.

In keinem dieser Fälle kann von einem „Verzicht" auf den nicht gewählten Gegenstand die Rede sein.

β) Höchstpersönlichkeit.

§ 8.

Auch aus dieser Eigenschaft sucht man die Unzulässigkeit der Willensstellvertretung beim Strafantrag abzuleiten.

Während wir nun nicht zugeben konnten, daß die Willensstellvertretung mit dem Wesen der öffentlichen Rechte an und für sich unverträglich sei, kann nicht geleugnet werden, daß die letzte Folgerung aus der Höchstpersönlichkeit die Unstatthaftigkeit einer solchen wäre, wie denn ein derartiger Stand der Dinge bei einigen höchstpersönlichen Rechten, besonders auf dem Gebiete des Familienrechts,[1]) allgemeinein anerkannt ist und sich auch hier von selbst ergiebt. Diese letzte Folgerung aber hat das Gesetz in vielen Fällen nicht gezogen; es hat eine Übertragung der Ausübung des höchstpersönlichen Rechts

[1]) vergl. auch Dietz, S. 12. 29.

gestattet; dagegen ist an der Unübertragbarkeit des Rechts selbst, insbesondere der Unvererblichkeit, festgehalten worden.[1])

Da aber immerhin wenigstens prinzipiell auch der Ausschluß einer Übertragung der Ausübung, also auch der Stellvertretung, beim höchstpersönlichen Recht als das Normale, seiner Natur gemäße zu gelten hat, so wird die Zulässigkeit derselben stets als Ausnahme besonders bewiesen werden müssen.

Was nun das Recht auf Strafantrag betrifft, so ist der Grundsatz der Unübertragbarkeit des Rechtes selbst von keinem der einschlägigen Gesetze[2]) durchbrochen worden. Dagegen ist eine Stellvertretung in der Ausübung des Antragsrechts anerkannt, und zwar in erster Linie eine gesetzliche, besonders[3]) in St. G. B. § 65, nämlich für den noch nicht achtzehn Jahre alten Verletzten, sowie für bevormundete Geisteskranke und Taubstumme (altes St. G. B.), bezw. Geschäftsunfähige (neues St. G. B.). Man hat allerdings geleugnet,[4]) daß in diesen Fällen Stellvertretung vorliege. Wenn es aber wirklich „der Natur des Antragsrechts als einer publizistischen Befugnis am besten entspräche, anzunehmen, daß der, welcher das zu seiner Ausübung nötige gesetzliche Alter noch nicht erreicht hat,[5]) bezüglich dieses Rechts nicht nur handlungs- sondern auch rechtsunfähig sei, daß das Recht in ihm gar nicht erst zur Entstehung komme," so wäre es wenig verständlich, wie die wohl durchaus als richtig anerkannte herrschende Meinung den Standpunkt einnehmen kann, daß, falls der gesetzliche Vertreter selbst der Täter ist, zur Ausübung des Antragsrechts die Ernennung eines Spezialkurators[6]) oder gar ein Einschreiten von Amts wegen[7]) angemessen und geboten sei.

---

[1]) cfr. B. G. B. §§ 1059. 1061. 1068. 1085. 1090. 1092.

[2]) Cohn, S. 17—19. R. G. XXII, 256.

[3]) Barnau, S. 8 ff. s. auch unten.

[4]) Holzapfel, S. 429.

[5]) Der Einfachheit halber ist hier nur der Fall des § 65 II St. G. B. erwähnt.

[6]) Frank, S. 102 II.

[7]) Fuchs, S. 71.

Dieser Auffassung Holzapfels tritt, wenigstens bezüglich des noch nicht achtzehnjährigen Verletzten, auch Dietz [1]) entgegen, und zwar mit dem Hinweis, die Rechtsfähigkeit dürfe nicht willkürlich beschränkt werden. Dagegen hält er hinsichtlich der bevormundeten Geisteskranken und Taubstummen (bezw. der Geschäftsunfähigen) an der Ansicht fest [2]), daß sie [3]) keinen Stellvertreter im Willen haben könnten, weil sie selbst keinen Willen besäßen. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Dietz legt dem Wort Stellvertretung einen Sinn bei, den es nicht hat. Stellvertreter einer Person ist, wer an ihrer Stelle d. h. für sie, nicht blos neben ihr auftritt. Warum der Vertretene einen andern für sich wollen bezw. handeln läßt oder lassen muß, warum er nicht vielmehr selbst für sich will bezw. handelt, ob er dies könnte oder nicht ist hierfür ohne Belang.

Auch wenn § 65 St. G. B. dem gesetzlichen Vertreter neben dem 18 Jahre alten Verletzten ein von dessen Befugnis unabhängiges Antragsrecht beilegt, so handelt es sich hier um kein eigenes Recht des Vertreters für seine Person, sondern es kommt einfach nur zum Ausdruck, daß die Antragsbefugnis des Vertreters fortdauert. [4]) Zwar entspricht ein Weiterbestehen der Vertretung über die erlangte Handlungsfähigkeit des Vertretenen hinaus, wie sie hinsichtlich der Antragsberechtigung § 65 St. G. B. dem 18 Jahre alten Verletzten gewährt, den allgemeinen Grundsätzen nicht. Irgend eine Handhabe zur Widerlegung unserer Ansicht wird aber den Gegnern durch die hier von St. G. B. beliebte anomale Regelung nicht gegeben.

Diese und andere singuläre Bestimmungen auf dem Gebiete des Strafantrags sind eben durch praktische Gesichtspunkte bestimmt worden. [5])

---

[1]) Dietz S. 2 I, Anm. 43.
[2]) Dietz, S. 14. 15.
[3]) Vergl. Dietz S. 15. 16. I.
[4]) R. G. XXII, S. 256.
[5]) Barnau, S. 9. 10 a. E.

Aber nicht nur die gesetzliche, auch die gewillkürte Stellvertretung im Willen ist auf Grund des St. G. B. zuzulassen.

Das St. G. B. hat auf dem Gebiete der Stellvertretung beim Strafantrage nicht erschöpfend sein wollen, wie es ja augenscheinlich die Organe der juristischen Personen, obwohl diese in § 65 St. G. B. nicht erwähnt sind, von der Antragsberichtigung nicht auszuschließen beabsichtigte.

Für die Möglichkeit einer analogen Ausdehnung von § 65 auf die gewillkürte Stellvertretung ist dabei die Verschiedenartigkeit [1]) der Auffassung von der Natur der Repräsentation der juristischen Personen, die der Gegensätzlichkeit der einzelnen Theorieen über das Wesen dieser selbst entspricht, ganz ohne Bedeutung. Denn nehmen wir nur zwei Unterabteilungen in der Materie von der Stellvertretung an, nämlich die der gesetzlichen und die der gewillkürten, so hat St. G. B. die erste zweifellos nicht erschöpfend geregelt, und der Schluß liegt nahe, daß es dies auch bei der zweiten nicht getan hat. Nehmen wir aber in der betreffenden Materie drei Unterabteilungen an: gesetzliche Stellvertretung physischer Personen, Repräsentation juristischer durch ihre Organe und gewillkürte Stellvertretung, wie es ja streng genommen allein richtig ist,[2]) so liegt die Sache für uns nur noch günstiger. Mag dann nämlich auch die erste Untermaterie immerhin erschöpfend geregelt sein, so ist doch klar, daß auch in Materie zwei die Stellvertretung zugelassen ist, obwohl sie einer Regelung überhaupt entbehrt. Infolgedessen ist hier der Schluß statthaft, daß es sich mit Materie drei ebenso verhalten werde, und dieser Schluß hat offenbar noch mehr Wahrscheinlichkeit als der auf Grund unserer ersten Annahme. Denn dort bleibt immer noch der Zweifel, ob das Gesetz wirklich die beiden Teile ein und derselben Materie so verschieden behandeln wollte, während hier eine völlig verschiedene Behandlung zweier Untermaterien erwiesen ist und für Materie drei nur dieselbe Ansicht vertreten werden muß, wie sie bezüglich Materie zwei unbestritten allein dem Gesetze entspricht.

---

[1]) Dernburg I, S. 156. Windscheid I, S. 165.

[2]) Dietz. S. 17 ff.

St. G. B. hat also die Lehre von der Stellvertretung beim Strafantrag nicht erschöpfend geregelt, und die gewillkürte Stellvertretung ist keinesfalls durch § 65 ausgeschlossen.

In einigen der sog. strafrechtlichen Nebengesetze ist dieselbe sogar ausdrücklich anerkannt. So bestimmt z. B. das Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 in § 23 II; „der Anspruch auf Schutz eines Warenzeichens kann nur durch einen im Inlande bestellten Vertreter geltend gemacht werden ..... der letztere ist ..... zur Stellung von Strafanträgen befugt." Entsprechende Bestimmungen enthalten das Reichspatentgesetz vom 7. April 1891 in § 12, sowie das Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern vom 1. Juni 1891 in § 13.[1]) Als Verletzter kommt in Betracht der ausländische Inhaber des Warenzeichens, Patentes oder Gebrauchsmusters. Dieser ist in Bezug auf die Antragsberechtigung sowohl rechts- als auch handlungsfähig. Eine gesetzliche Vertretung liegt hier ebensowenig vor wie bei der ja ebenfalls auf Gesetzesnotwendigkeit beruhenden Vertretung der prozeßfähigen Partei im Anwaltsprozeß durch den ebenfalls selbst gewählten Anwalt. Allein ausreichend wäre der Hinweis auf diese Bestimmungen der angeführten Spezialgesetze nicht, da aus ihnen selbst der Zweifel, ob sie eine analoge Ausdehnung gestatten oder zum argumentum e contrario drängen, sich nicht beseitigen läßt. Nach obigen Erörterungen aber kann ein solcher Zweifel schwerlich noch fortbestehen.

Nach alledem ist unser Ergebnis im wesentlichen der einfache aber nichtsdestoweniger richtige Satz Rebers,[2]) daß auch die gewillkürte Stellvertretung beim Strafantrage prinzipiell ganz allgemein zuzulassen sei, weil sie das Gesetz nicht ausschließe.

Dieses Ergebnis entspricht insofern der herrschenden Lehre, als auch diese die gewillkürte Stellvertretung nicht nur da für zulässig erklärt, wo das Gesetz ihre Zulässigkeit ausdrücklich ausspricht, weicht aber insofern von ihr ab, als sie meint, die Frage nach der Zulässigkeit der Vertretung müsse nach der Natur des einzelnen

---

[1]) cfr. Dietz, S. 36.
[2]) S. 321.

Falls bezw. Delikts verschieden beantwortet werden.[1]) Während nämlich im allgemeinen das praktische Bedürfnis die Zulassung einer Willensstellvertretung beim Antrage mit Nachdruck fordere, trete dasselbe bei einigen Delikten sehr zurück, und es entständen hier zum Teil sogar wichtige Bedenken gegen eine solche. Vorzüglich gelte dies in den Fällen, wo entweder zwischen dem Verletzten und dem Täter nahe persönliche Beziehungen beständen oder wo die Verletzung selbst eine höchstpersönliche, nur vom Verletzten selbst richtig zu würdigende sei.[2])

Dies aber heißt nichts anderes als die lex ferenda an Stelle der lex lata setzen. Eine derartige verschiedene Behandlung der Frage nach der Zulässigkeit der Vertretung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn das St. G. B. irgendwie die Möglichkeit böte eine entsprechende Einteilung der Antragsdelikte zu erweisen.

Dies trifft nicht zu. Die Antragsdelikte im St. G. B. sind zwar sehr ungleichartig, und leicht ist es, unter ihnen solche aufzufinden, die sich näher stehen als andere und so gewissermaßen eine besondere Gruppe bilden. Wer aber schließen wollte, daß bei jeder solchen Gruppe die Antragsberechtigung von anderer Art sei, könnte ebensogut die Behauptung aufstellen, daß das Wesen des Antrags bei jedem einzelnen Antragsdelikt ein anderes sei. Der Gegensatz von Antragsdelikten mit zurückziehbarem und solchen mit nicht zurückziehbarem Antrage ist erst durch die Novelle von 1876 aufgebracht worden. Daß diese aber irgendwelche Wesensänderung des Strafantrags bei der einen oder anderen Gruppe habe herbeiführen wollen, wird niemand behaupten. Der Gegensatz von absoluten und relativen Antragsdelikten ist dagegen allerdings so alt wie das St. G. B. Auch haben zwar nicht die absoluten, wohl aber die relativen ein gemeinsames Merkmal, das nämlich, daß sie nicht durch die Deliktsmerkmale selbst, sondern erst durch das Hinzutreten bestimmter naher Beziehungen zwischen Täter und Verletztem zu Antragsdelikten werden. Aber abgesehen davon, daß dies nicht genügen würde, um daraus etwas über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Vertretung beim Antrag zu entnehmen, so würde,

[1]) Dietz, S. 11. 12.
[2]) R. G. I, 387. II, 148.

wenn z. B. Frank[1]) meint, daß bei den relativen Antragsdelikten an dem streng persönlichen Charakter des Antragsrechts festgehalten werden müsse, weil das Gesetz hier auf persönliche Beziehungen — zwischen Täter und Verletztem — Wert lege, dies doch in viel höherem Grade z. B. von den absoluten Antragsdelikten der §§ 172. 179 St. G. B. zu gelten haben. Wenn man die Vertretung bei den relativen und den durch Zurückziehbarkeit des Antrags ausgezeichneten Antragsdelikten ausschließen, sonst aber sie zulassen würde, dürfte das Ergebnis ein wenig befriedigendes sein. Denn die Zulassung der Vertretung bei dem absoluten, ein Zurückziehen des Antrags nicht duldenden Antragsdelikte beispielsweise des Ehebruchs wäre bedenklicher als bei irgend einem geringfügigen Familien- oder Futterdiebstahl.

2. Das spezifische Wesen des Antrags.

a) Der Antrag ist n. Gefühlsmanifestation, sondern ein dispositiver Akt.

§ 9.

Alle gegen die Zulässigkeit einer Vertretuug beim Antrage erhobenen Einwände, die wir bisher zu widerlegen versucht haben, waren im wesentlichen aus der Öffentlichrechtlichkeit und Höchstpersönlichkeit des Antrags hergeleitet, also aus Begriffsmerkmalen ganz allgemeiner Natur. Das spezifische Wesen des Antrags dagegen wird, wie es ja auch sonst nicht im Vordergrund des litterarischen Interesses steht, bei der Behandlung unseres Problems fast ganz außer acht gelassen. Vielleicht besorgte man auf diese Weise vorliegende Streitfrage durch Heranziehung anderer nur noch schwieriger zu machen; doch darf uns dies nicht abhalten auf eine für uns schon prima facie so wichtige Materie einzugehen.

Nach v. Bar ist der Antrag „Gefühlsmanifestation, Demonstration des Bedürfnisses nach staatlicher Reaktion“ [2]), Äußerung des Rachetriebes. Dagegen setzt ihn Binding[3]) in Parallele mit der Privatklage, faßt ihn als dispositiven Akt[4]). Bei v. Bar

[1]) Zu § 16, IV, 2.
[2]) v. Bar S. 644. 645.
[3]) Hdbch I, 613.
[4]) cfr. R. Schmidt, Grundriß.

liegt der Nachdruck auf dem internen Vorgange; bei Binding ist der Antrag eine äußere prozessuale Erklärung. Ganz scharf tritt allerdings diese letztere Auffassung im „Handbuch“ nicht hervor, indem hier noch vielfach die Auffassung der „Normen“ nachwirkt. Diese Gegensätze, zwischen denen alle übrigen Ansichten über das Wesen des Strafantrags liegen, sind doch recht erheblich und beeinflussen ganz naturgemäß die Lösung unseres Problems. So kann m. E. die Zulässigkeit der Stellvertretung beim Strafantrage nur dann aufrecht erhalten werden, wenn man die Ansicht v. Bars und seiner Richtung als dem Gesetze nicht entsprechend verwirft. Denn der Satz Holzapfels[1]) scheint mir zweifellos richtig zu sein, daß nämlich Stellvertretung nur denkbar sei bei der Ausübung von Rechten, nicht bei der Setzung von Tatsachen, die der Richter objektiv ihrem gesetzlichen Tatbestande nach festzustellen habe.“

An und für sich unmöglich wäre ein Antrag von solchem Wesen, wie es v. Bar dem Strafantrage des geltenden Rechts zuschreibt, allerdings nicht;[2]) jedenfalls aber findet die Konstruktion v. Bars im Gesetze keinen Anhalt. Ihr widerspricht insbesondere die Bestimmung über die Zurücknehmbarkeit des Antrags. Denn das Kränkungsgefühl ist am frischesten und reinsten im Augenblicke der Tat vorhanden; im Laufe der Zeit wird es im günstigsten Falle durch Reflexionen getrübt. Die Setzung der dreimonatlichen Frist ließe sich allerdings auch von diesem Standpunkte aus verteidigen, indem ja ohne Frist eine Antragserklärung ziemlich unmöglich gemacht würde, obwohl sie, da sie ja stets nur von dem Momente der Kenntniserlangung des Berechtigten an berechnet wird, dann doch etwas zu reichlich bemessen sein dürfte[3]) und vielmehr dann eine Bestimmung, die Unverzüglichkeit[4]) der Antragstellung forderte, gemäßer wäre. Auch der § 63 St. G. B. dürfte den Anhängern v. Bars Schwierigkeiten bereiten. Die Zulassung der

---

[1]) S. 434.

[2]) Vergl. Samuely. I. c. S. 14. 15.

[3]) Übrigens kennt das geltende Recht auch kürzere Antragsfristen als die dreimonatliche; vergl. preuß. Gesetz betreff. die Verletzungen der Dienstpflichten des Gesindes und der ländlichen Arbeiter vom 24. April 1834 § 1 II.

[4]) Im Sinne von B. G. B.

Zurücknahme des Antrags aber ließe sich von v. Bars Standpunkt aus überhaupt nicht mehr rechtfertigen. Endlich würde der Richter, wenn es wirklich dem Staate auf das wahre Gefühl des einzelnen ankäme, das Motiv der Antragstellung bezw. der Zurücknahme prüfen müssen; denn sonst würde sich ja der Staat in dieser Hinsicht gleichsam mit formeller Wahrheit begnügen, und eine solche Abweichung von den Grundsätzen des Strafprozesses darf jedenfalls nicht präsumiert werden.[1]) Daher ist denn der Antrag lediglich als dispositiver Prozeßakt zu betrachten.

b) das sogenannte Antragsrecht ist tatsächlich ein Recht, keine Pflicht.

§ 10.

Ähnlich ungünstig mit der Zulassung der Willensstellvertretung beim Strafantrage würde es gegenüber einem Gesetze stehen, daß das Wesen des Antrags so oder ähnlich auffaßte wie Hergenhahn und seine Richtung. Dieser behauptet nämlich, wenn der die Antragsberechtigung statuierende Staat sich der Willkür des einzelnen mit seinen Leidenschaften und Schwächen unterwerfe, so müsse er, der Wächter der Sittlichkeit, ein höheres Interesse hierdurch berücksichtigen wollen als das an der Verfolgung der Übeltat.[2]) Die Absicht, die der Staat hierbei verfolge, sei die den einzelnen durch Erziehung zu treuer Pflichterfüllung sittlich zu heben, die den Gesetzgeber auch bei der Schaffung der Selbstverwaltung geleitet habe,[3]) und die zur Zeit überhaupt auf den meisten Gebieten des staatlichen Machtbereichs zum Ausdruck komme.

---

[1]) R. G. XXV. 119 nimmt mit der herrsch. Meinung an, daß Anstiftung des einen Ehegatten durch den andern zum Ehebruch dem letztern das Recht zum Strafantrag ebensowenig entziehe, als sie den Tatbestand des Ehebruchs ausschließe. Grund wegen dieses Ehebruchs einen Rachetrieb zu äußern hat der antragstellende Ehegatte in diesem Fall doch zweifellos nicht, vergl. auch R. G. V, 190.

[2]) Hergenhahn, S. 13.

[3]) S. 14. 20.

Wie mannigfach aber auch die Pflichten seien, die der Staat dem einzelnen zu diesem Zwecke auferlegt, wobei er mit wachsender Kultur seine Ansprüche immer mehr gesteigert habe, nach wie vor sei auf dem Gebiete des Rechts, wie Rudolf v. Ihring nachgewiesen habe, die Haupt- und Grundpflicht des Bürgers die zum Widerstande gegen das Unrecht. Diese sei nicht nur eine Pflicht des einzelnen gegen sich selbst, eine „Pflicht der moralischen Selbsterhaltung", sondern auch eine solche gegen den Staat; denn der Widerstand gegen das Unrecht müsse, wenn das Recht sich behaupten solle, ein allgemeiner sein.[1]) All dies gelte zwar auch auf dem Gebiete des Privatrechts, in viel höheren Grade aber auf dem Gebiete des Strafrechts, wo es sich ja nicht blos um Mein und Dein, sondern um die höchsten Güter der Menschheit handele. In der richtigen Erkenntnis von der Wichtigkeit des Widerstandes gegen das strafrechtliche Unrecht habe sich der Staat, während die Wahrnehmung der Privatrechte grundsätzlich dem einzelnen überlassen sei, die Führung dieses Kampfes prinzipiell selbst vorbehalten.[2]) Nur in wenigen Ausnahmefällen habe der Staat auch sie aus der Hand gegeben; der hauptsächlichste dieser Fälle sei der der Antragsdelikte. Hier habe der Staat die Disposition über die Eröffnung des Kampfes gegen das strafrechtliche Unrecht seinen Bürgern überlassen. Dies habe er getan im Vertrauen darauf, daß seine Bürger, vor die Entscheidung gestellt, ob dieser Kampf zu führen sei oder nicht, stets ihrer Pflicht zum Widerstande gegen das Unrecht eingedenk sein, daß sie von dem Kampfe gegen dieses nur dann Abstand nehmen, nur dann die Antragstellung unterlassen würden, wenn jene sittliche Pflicht, die ihn grundsätzlich heische, durch andere Rücksichten sittlicher Natur paralysiert werde.[3])

Hiernach wäre das sog. Antragsrecht tatsächlich eine Antragspflicht.

Vom Boden dieser Ansicht würde man eine Stellvertretung beim Strafantrage nicht zulassen können. Ganz ähnliche Gründe

---

[1]) S. 14—17.
[2]) S. 17.
[3]) S. 18. 23—29.

wie bei einem der Ansicht v. Bars entsprechendem Antrage ständen dem entgegen. Hier wie dort läge ein Bestreben des Gesetzes vor die Individualität[1]) zur Geltung gelangen zu lassen, nur daß dort der Staat dem Fühlen, hier den Wollen des einzelnen ein so besonderes Interesse entgegenbrächte, mit dem die Zulassung einer Stellvertretung unvereinbar wäre.

Aber auch die Ansicht Hergenhahns steht nicht auf dem Boden des Gesetzes.

Verfehlt ist zunächst die Vergleichung des Antragsrechts mit der Selbstverwaltung. Denn an der Selbstverwaltung nimmt in den gesetzmäßigen Grenzen die Gesamtheit der Bürger teil. Von der Antragsberechtigung werden stets nur einzelne Vorteile haben; schon aus diesem Grunde ist sie nicht geeignet auf die Gesamtheit erzieherisch zu wirken. Sodann muß bestritten werden, daß die Einführung der Selbstverwaltung in erster Linie ethisch-pädagogischen Zwecken dienen sollte; es waren vielmehr, wie hinlänglich bekannt ist, vorzugsweise durchaus realpolitische Motive maßgebend.

Gegen Hergenhahn spricht ferner der Wortlaut der in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen; hier ist überall die Rede von Antragsrecht, -berechtigtem, -befugnis; nirgends steht ein Wort von Antragspflicht.[2])

Hergenhahn ist denn auch mit seiner Ansicht vereinzelt geblieben. Insbesondere nach der herrschenden Meinung sind die Gründe, die den Staat bestimmt haben in etlichen Fällen auf Offizialverfolgung zu verzichten, lediglich praktischer Natur. Nach ihr handelt es sich teils um Delikte, bei denen das Interesse des Staates an der Verfolgung gering ist (z. B. Beleidigung) teils um Delikte, bei denen eine Verfolgung vielfach eine neue Verletzung des Verletzten bedeuten würde (z. B. Ehebruch).[3]) Der herrschenden Meinung ist beizupflichten. Ein großer Vorzug, der ihr vor Hergenhahns Ansicht zukommt, liegt schon darin, daß sie erkennt, daß die Stempelung eines Delikts zum Antragsvergehen nicht in

---

[1]) Hergenhahn, S. 14.
[2]) R. G. XV, 144. XXV, 176. XXXII, 280. XXXIII, 433..
[3]) Frank, I zu § 61 St. G. B.

allen Fällen durch die gleichen Erwägungen veranlaßt ist. Selbst von Hergenhahns Standpunkt wird man zugeben müssen, daß das Antragsrecht nicht bei allen Antragsdelikten in gleicher Weise für die sittliche Erziehung wirksam gemacht werden könnte. Während in etlichen Fällen, z. B. bei Futterdiebstahl, die nach Hergenhahn dem Berechtigten gestellte Aufgabe objektiv vom Standpunkte der Sittlichkeit unter Außerachtlassung egoistischer Motive zu entscheiden so leicht erscheinen würde, daß der, der sie erfüllte, nicht die Gewähr böte auch größeren Aufgaben gewachsen zu sein, somit von fraglichem erzieherischen Werte wäre, würde man in einer Reihe anderer Fälle (z. B. bei Ehebruch) den Staat, der hier von seinen Bürgern Hintansetzung ihrer persönlichen Interessen hinter die seinigen heischen wollte, beinahe tadeln müssen, weil er seine Bürger gleichsam in Versuchung führte, indem er ihnen Pflichten auferlegte, die über ihre Durchschnittskraft hinausgingen. Und diese so verschieden schweren Aufgaben würden ohne Auswahl oder bestimmte Stufenfolge in gleicher Weise an den sittlich Starken wie an den sittlich Schwachen herantreten, wie es der Zufall fügt.

c) Das Antragsrecht ist ein Recht durch Unterlassung der Antragstellung die öffentliche Klagerhebung zu hindern, nicht ein positives Recht auf diese selbst.

§ 11.

Zu untersuchen ist weiter, ob das sog. Antragsrecht ein positives Recht auf Erhebung der öffentlichen Klage sei, wie Binding[1]) meint, oder ob es sich bei dem Antragsrecht im wesentlichen darum handele, daß ein Strafverfahren nicht gegen den Willen des Berechtigten eintreten könne, wie Hälschner[2]) behauptet. Diese Frage ist für uns nicht ohne Wichtigkeit, und schon der Vollständigkeit halber empfiehlt es sich, sie zu unserem Problem in Beziehung zu setzen.

---

[1]) Hdbch. I, S. 614.
[2]) I, S. 709.

Nach Hälschner sagt der Gesetzgeber: an sich strafe ich; wenn jedoch Du, Berechtigter, willst, strafe ich nicht, nach Binding: ich strafe an sich nicht; wenn jedoch Du willst, strafe ich. Im ersteren Falle wird durch die Antragstellung, im zweiten durch deren Unterlassung der vom Gesetz als Regel gedachte Zustand herbeigeführt; es liegt insofern gewissermaßen nur eine deklaratorische Wirkung vor. Dagegen kommt die eigentlich wesentliche Wirkung des Antrags in jenem Falle bei der Unterlassung, in diesem bei der Stellung des Antrags zur Erscheinung. Nach Hälschners Ansicht schafft die Antragsberechtigung die Möglichkeit, daß ein Strafgesetz für einen einzelnen Fall außer Funktion gesetzt wird; der unterlassene Antrag wirkt wie ein Strafaufhebungs- bezw. -ausschließungsgrund. Nach Binding schafft sie die Möglichkeit, daß an sich nicht strafbare Fälle strafbar werden.

Ein eigenartiges Recht bleibt das Antragsrecht, das den Delinquenten der Willkür des Antragsberechtigten preisgiebt, das den Willen des Staates dem Willen des einzelnen unterordnet, allerdings nach beiden Autoren, eine privilegienartige Begünstigung des Verletzten. Immerhin erscheint das Antragsrecht in sehr verschiedenem Lichte, je nachdem man Hälschner oder Binding folgt. Darin nämlich, daß das Recht des Verletzten hinsichtlich der Bestrafung oder Nichtbestrafung des Täters zu demselben Ergebnis führen kann, zu dem auch der Staat, wenn er dem Verletzten das Antragsrecht nicht eingeräumt hätte, gekommen wäre, liegt an sich nichts Außerordentliches. Weit bedenklicher ist es, daß das Antragsrecht auch zu einer Behandlung der fraglichen Straftaten führen kann, die den Anschauungen des Gesetzgebers über sie nicht entspricht. Da nun nach Hälschner das Recht des Verletzten, wenn dieser nicht zu dem dem Standpunkte des Staates entsprechenden Ergebnis kommt, nur zu einer ausnahmsweisen Begünstigung des Täters führen kann, so hat dieser keinen Grund zur Klage; aber auch der Staat hat keinen, da er auf die Möglichkeit seinen Standpunkt zur Geltung zu bringen, selbst verzichtet hat. Nach Binding aber kann es kommen, daß der Täter schlechter fährt, als er nach der Auffassung des Gesetzes verdient. Hier gerreicht, was des einen Vorteil ist, die Schaffung der Antragsdelikte, dem andern zum Schaden.

Zwar wird der Satz, Privilegien seien strikt zu interpretieren, nicht allgemein anerkannt; aber es ist ein Unterschied, ob der Privilegierende den Privilegierten mit Rechten ausstattet, die an sich ihm zukommen, ein Verfahren, durch das niemand beschwert wird, oder ob er das, was er diesem giebt, einem Dritten nimmt. Bei solchen Bevorrechtigungen fordert die Billigkeit unweigerlich zu Gunsten des Dritten strikte Auslegung. Daher würde eine Stellvertretung im Willen hier unzulässig erscheinen, da ja, falls der Vertreter ein noch strengerer Mann ist als der Antragsberechtigte, auch in solchen Fällen, die nach dem wahren Willen des letzteren nicht zu verfolgen wären, noch eine Verfolgung bezw. Bestrafung eintreten könnte, der gegenüber die Möglichkeit, daß auch das Gegenteil eintreten kann, kein geeignetes Gegengewicht bietet. Denn nicht darauf legen wir bei den Gesetzen Wert, daß sie uns beständig zwischen der Hoffnung auf Gewinn und der Furcht vor Verlust schweben lassen, sondern daß sie uns ein gewisses Maß von Sicherheit gewähren.

Während so die Auffassung Binding's uns zwingen würde, die Frage, ob Stellvertretung beim Strafantrag zulässig sei, zu verneinen, legt die Anschauung Hälschner's einer bejahenden Beantwortung dieser Frage nichts in den Weg.

Hälschner's Ansicht ist aber in der Tat die des Gesetzes. An und für sich wären nach Binding die Antragsdelikte nicht zu verfolgen; vom Standpunkte einer materiellrechtlichen Auffassung des Antrags wären sie hiermit prinzipiell für straflos erklärt. Dies ist aber nicht anzunehmen, wenn man einerseits sich die Tendenz des heutigen Staates den Strafrechtsschutz eher zu überspannen vor Augen führt und wenn man andererseits bedenkt, daß sich unter den Antragsdelikten — besonders war dies der Fall vor der Novelle von 1876 — sogar Verbrechen befinden. Auch bei den relativen Antragsvergehen ist der Standpunkt des Gesetzes augenscheinlich der Hälschner's. Ferner lassen sich die Bestimmungen über die Zurücknahme des Antrags wohl auch in unserem Sinne verwerten.

Wenn Binding[1]) dagegen ausführt, nach St. G. B. sei die Verfolgung vom Antrag abhängig; nicht sei es Auffassung des Ge-

[1]) Hdbch. I, S. 613.

setzes, daß die Klagunterlassung von der Unterlassung der Antragstellung abhänge, so läßt sich aus dem Wortlaute des Gesetzes m. E. weder für das eine noch das andere ein Argument gewinnen. Meiner Ansicht nach ist sogar § 61 St. G. B. der Auffassung Hälschner's entsprechender. Dem Satz 1 dieses Paragraphen normiert m. E. einen Ausnahmefall, so daß er den Sinn hat: ein Antragsdelikt ist nur dann nicht zu verfolgen, wenn der Berechtigte die Antragstellung in der dreimonatlichen Frist unterläßt. Nach Binding's Ansicht müßte m. E. § 61 I eher lauten: ein Antragsdelikt ist zu verfolgen, falls der Berechtigte — ausnahmsweise — in der Frist von drei Monaten Antrag stellt. Jedoch soll zugegeben werden, daß die Sprache einen scharfen Unterschied zwischen beiden Formulierungen zu machen nicht gestattet. Jedenfalls kann § 61 uns nicht unsere eben gewonnene Überzeugung rauben.

Fuchs[1]) freilich stellt die Behauptung auf, die Ansicht Hälschner's habe an Stelle von § 61 eine Gesetzesbestimmung zur Voraussetzung, die etwa dahin ginge, daß alle Antragsvergehen ex officio zu verfolgen seien und der Berechtigte nur das Recht habe auf Nicht-Bestrafung anzutragen. Doch dieser, auch sonst manche Bedenken erregende Einwand läßt ganz außer acht, daß er hinfällig wird, sobald man nur annimmt, daß zwar die Antragsdelikte an und für sich strafbar sind, daß der Staat aber präsumiert, der Antragsberechtigte werde in der Regel von seinem Hinderungsrecht Gebrauch machen. Und in der Tat, falls der Staat nicht ein derartiges allgemeines Interesse an diesem Recht präsumierte, würde er dann ein solch anomales, mit seinen sonstigen Prinzipien so wenig in Einklang stehendes Recht überhaupt erst schaffen?

Binding[2]) meint, „es sei ein Recht auf Klaghinderung nur denkbar gegenüber einem klagluſtigen Kläger, und der Staatsanwalt denke ohne Antrag vielfach überhaupt nicht an Klagerhebung." Dem ist zu entgegnen: Wenn der Staatsanwalt von der Tat nichts weiß, so kann sich das auch bei Offizialdelikten ereignen. Im übrigen ist aber eben die Auffassung des Staatsanwalts noch kein Gesetz, son-

[1]) l. c. S. 69.
[2]) l. c.

dern der Staatsanwalt hat sich der Auffassung des Gesetzes unterzuordnen.

Der weitere Einwand Binding's[1]) gegen Hälschner, es müßte vom Boden seiner Ansicht neben der Beschwerde gegen den klagunterlassenden Staatsanwalt in St. P. O. § 170 eine solche gegen den unrechtmäßig Klage erhebenden gegeben sein, ist in der Tat sehr scheinbar. Allein gegenüber dem Gewicht der oben gewonnenen, aus dem allgemeinen Wesen der Antragsdelikte geschöpften Gründe verschwindet die augenscheinlich den Charakter einer Nebenbestimmung tragende Vorschrift des St. P. O. 170, Abs. 1 (erster Halbsatz). Wenn übrigens wirklich aus § 170 St. P. O. ein Schluß auf die Natur der Antragsberechtigung zulässig wäre, so müßte man vom Standpunkte Binding's in den Fällen, wo der Nichtverletzte, der ja nach § 170 das Beschwerderecht nicht hat, Antragsteller ist, das Vorliegen eines Rechts überhaupt leugnen. Denn wenn ein Recht auf Klaghinderung nicht denkbar wäre ohne Beschwerderecht gegen den klagerhebenden Staatsanwalt, so könnte auch kein positives Recht auf Klagerhebung ohne Beschwerde gegen den klagunterlassenden Staatsanwalt denkbar sein. Da nun aber zweifellos St. G. B. einen Dualismus der Antragsberechtigungen[2]) des verletzten und des nicht verletzten Berechtigten nicht kennt, so ständen wir hier vor einer unlösbaren Antinomie. Endlich ist wohl § 170 St. G. O. kaum genau redigiert.[3]) Denn wenn tatsächlich dem Nicht-Verletzten auch die Beschwerde an den vorgesetzten Staatsanwalt entzogen sein sollte, welchen Sinn hätte dann die Bestimmung des § 169 St. P. O., daß die Staatsanwaltschaft jeden Antragsteller bei Ablehnung der Klagerhebung „unter Angabe der Gründe bescheiden" müßte? Vermutlich ist daher diese Beschwerde überall da zulässig, wo sie nicht ausgeschlossen ist. Handelt es sich aber dann nur um das Recht des § 170 auf gerichtliche Entscheidung, so kann das Gesetz dies dem Berechtigten im Fall grundloser Klagerhebung schon deshalb versagt haben, weil ja hier die ganze Angelegenheit so wie so prinzipiell durch gerichtliches Urteil erledigt werden muß.

[1]) l. c.
[2]) cfr. v. Liszt, S. 175.
[3]) Löwe, S. S. 471. 472.

2. Kap.

Praktische Brauchbarkeit des gewonnenen Resultats.

1. Einwendungen.

§ 12.

Man hat gegen die Zulassung der Willensstellvertretung beim Strafantrag eingewendet, ein Stellvertreter könne unter Umständen gegen den Willen oder sogar das Interesse seines Vollmachtgebers handeln[1]), und es ist klar, daß dies vorkommen kann, wenn auch wohl nicht häufig und das letztere seltener als das erstere. Wäre dieses Argument durchschlagend, so müßte auch auf dem Gebiete des Civilrechts Stellvertretung unzulässig erscheinen; aber hier wie dort muß eben der, der seine Angelegenheiten nicht selbst besorgen will, der sich vertreten läßt, diese Gefahr mit in Kauf nehmen.

Gewichtiger ist ein Einwurf Holzapfel's.[2]) Dieser macht geltend, der Bevollmächtigte könne wegen Ausübung oder Nichtausübung des Antragsrechts nicht zur Verantwortung gezogen werden, und „der Staat dürfe selbst auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts ein die Beziehungen zweier Personen regelndes Rechtsinstitut von der Art, daß es die eine dieser Personen der andern gegenüber völlig ohne Schutz lasse, als gefährlich nicht dulden." Dieser Einwurf ist unbegründet. Dem Vollmachtgeber steht die actio mandati zu; denn wenn das Antragsrecht auch ein öffentliches ist, so ist doch das Verhältnis zwischen dem Bevollmächtigten und dem Vollmachtgeber ein rein privatrechtliches. Daß aber mit dieser Klage nichts auszurichten sei, weil eine wahre Verantwortlichkeit des Bevollmächtigten bei Ausübung seines Antragsrechts überhaupt nicht gedacht werden könne, trifft nicht zu, wenn im Antrag einfach ein dispositiver Prozeßakt erblickt wird. Zweifellos ausreichen wird sie gerade in den praktisch am häufigsten vorkommenden Fällen, in denen der Antrag dem Effekt nach weiter nichts ist als ein Rechtsmittel, das dazu dient, weiteren Vermögensverlusten vorzubeugen und den Ersatz der bereits entstandenen vorzubereiten wie die civilrechtlichen auch, nur

---

[1]) Vergl. Dietz, S. 48.
[2]) S. 432.

wirksamer als sie.[1]) Die Stellung oder Zurücknahme freilich des vom Vertreter einmal pflichtwidrig unterlassenen oder gestellten Antrags wird vielfach nicht erzwungen werden können. Aber auch im Civilrecht vermag oft die actio mandati ebenso wie andere Klagen die Leistung bezw. Erfüllung selbst nicht zu erzwingen (vergl. § 888 C. P. O.), und ist der durch die Pflichtverletzung des Bevollmächtigten angerichtete Schaden nicht vermögensrechtlicher Natur, so wird sie überhaupt versagen. (siehe B. G. B. § 256) 253.

Überdies ist es so allgemein nicht wahr, daß der Staat auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts keine Rechtsverhältnisse dulde, bei denen unter Umständen der einen Person gegenüber der anderen rechtliche Schutzmittel überhaupt nicht mehr zustehen. Eine solche Bevormundung übt der Staat nur innerhalb bestimmter Schranken. Sie stände auch mit den Grundsätzen der Vertragsfreiheit in schärfstem Widerspruch. Anders liegt die Sache bei auf Gesetz beruhenden Rechtsverhältnissen; speziell ist dies der Fall auf dem Gebiete des Staatsrechts, wo selbst der Staat von dem Untertan nur den verfassungsmäßigen Gehorsam fordert. Dagegen muß es prinzipiell jedem vergönnt sein, seine Rechtslage durch Vertrag, also aus freiem Willen, ganz nach Belieben zu gestalten. Äußersten Falls wird eventuell immer noch durch B. G. B. § 138, wo Rechtsgeschäfte wider die guten Sitten für nichtig erklärt werden, geholfen werden können. Daß „einem öffentlichen Recht stets eine strafrechtliche Verantwortlichkeit entsprechen müsse", wäre erst zu beweisen. Jedenfalls trifft dies z. B. beim passiven Wahlrecht nicht zu, indem ja hier eine Verantwortlichkeit des Gewählten etwa gegenüber dem Wähler überhaupt nicht besteht. Schließlich giebt es auch Schriftsteller,[2]) die trotz der Stelle, an der § 266 im St. G. B. steht, eine vermögensrechtliche Benachteiligung zur Erfüllung des Tatbestandes der Untreue nicht verlangen.

[1]) Vergl. R. G. I, 387, II, 148. XV, 144.
[2]) Meyer, S. 632.

2. Positive Vorzüge.

a) Berücksichtigung der Lebensbedürfnisse.

§ 13.

Die hier vertretene Meinung entspricht allein den praktischen Bedürfnissen, und diese zu befriedigen ist doch immer das Ziel der Gesetzgebung. Holzapfel[1]) allerdings verneint die Bedürfnisfrage. Aber wäre es nicht z. B. für einen Prokurageber in einem Fall, wo es sich nur um die Verletzung eines Rechtsguts von rein vermögensrechtlicher Natur handelt, zweifellos ganz außerordentlich umständlich und belästigend, wenn hier stets eine besondere Anfrage des Prokuristen erfordert würde, obwohl der Geschäftsherr unter Umständen Hunderte von Meilen entfernt ist und sich um ganz andere Dinge kümmert als geschäftliche oder gar mit einem tötlichen Leiden ringt und obwohl in dubio der Bevollmächtigte die einschlägigen Verhältnisse weit besser kennt?

Oftmals wird es überhaupt unmöglich sein, daß der Vertreter für jeden Fall einen Spezialauftrag einholt bezw. eine Antragstellung durch den Vollmachtgeber selbst veranlaßt, z. B. wenn dessen Aufenthalt unbekannt ist; noch öfter würde die Antragstellung so wenigstens verzögert werden. Schon dies aber kann leicht dazu führen, daß die Bestrafung des Täters vereitelt wird.[2])

Die cura absentis, B. G. B. § 1911 würde jedenfalls nur unter den besonderen Voraussetzungen des Gesetzes aushelfen können, und da der Abwesenheitspfleger nur die vermögensrechtlichen Angelegenheiten zu besorgen hat, so könnte seine Fähigkeit Strafanträge für den Abwesenden zu stellen doch mit Recht von gewissen Standpunkten aus auch bezüglich der vermögensrechtlichen Antragsdelikte wieder bezweifelt werden.[3])

Wenn Binding[4]) für wahrscheinlich erachtet, das praktische Bedürfnis werde sich in der Weise Befriedigung schaffen, daß der

---

[1]) Holzapfel, S. 437. 438. cfr. Cohn, S. 38.
[2]) Dietz, S. 23. 24. 45. 46.
[3]) Cohn, S. 22.
[4]) Hdbch. I, 653.

Berechtigte Blankette ausstelle und unterzeichne, die dann vom Bevollmächtigten ausgefüllt würden; so ist doch diese Blankettausfüllung nichts anderes als Stellvertretung im Willen,[1]) da sich dieser ja, wie wir oben gesehen haben, nur mit Rücksicht auf den speziellen Fall bilden kann, den der Blankettaussteller noch nicht kennt. Auch ist Dietz beizupflichten, der ausführt, hier würde der Vertreter in der Tat völlig unverantwortlich sein; „er handele ja formell im Auftrage des Blankettausstellers; die actio mandati könne hier nicht Anwendung finden; ein Verschulden des Vertreters liege ja nicht vor. Ebensowenig aber § 269 St. G. B., da der Vertreter nicht ohne den Willen und den Anordnungen seines Vollmachtgebers zuwider dem Blankett durch Ausfüllung einen urkundlichen Inhalt gegeben habe."

Der Vorwurf dem praktischen Bedürfnis nicht gerecht zu werden trifft zwar in erster Linie jene Ansicht, welche eine Willensstellvertretung beim Strafantrage überhaupt ausschließt, mehr oder minder aber auch die vermittelnden Meinungen (siehe oben S. 69 ff.)[2]), sei es, daß sie die Stellvertretung nur bei gegen das Vermögen gerichteten Antragsdelikten zulassen oder sie doch wenigstens bei den relativen und den höchstpersönliche Rechtsgüter verletzenden Delikten für unstatthaft erklären. Denn wäre es etwa den Bedürfnissen des Lebens entsprechend, wenn es z. B. den Angehörigen eines Jahre hindurch von der Welt abgeschnittenen Nordpolfahrers freistände, ihn unablässig zu bestehlen, seinen Feinden, unausgesetzt seine Ehre zu untergraben und so einen Schaden anzurichten, der überhaupt nicht mehr gutgemacht werden könnte, ohne die ganze Zeit seiner Abwesenheit hindurch irgend eine Verantwortung fürchten zu müssen, so daß sie durch die beständige Strafloſigkeit angereizt, von einer Übeltat zur andern eilen und sich den Gedanken an eine nur aus nebelhafter Ferne drohende Strafe, die ja noch dazu nur eine verhältnismäßig niedrige Gesamtstrafe sein könnte, wenig kümmern lassen würden? Ist es nicht weit angemessener, daß der Freund, dem jener die

---

[1]) Dietz, S. 24 f.

[2]) Olshausen, S. 312. cfr. Köhler, S. 69. Cohn, S. 26 und die dort Citierten.

Vertretung all seiner Interessen anvertraut hat, auch hier für ihn eintreten kann, daß so die Rechtsbrecher durch rechtzeitige, eventuell bei Rückfall wachsende Strafen in Schranken gehalten werden und weiterem Schaden tunlichst vorgebeugt wird?

Der Vorwurf praktischer Unbrauchbarkeit trifft auch die Konstruktion von Dietz, der das Antragsrecht prinzipiell nur dem Verletzten, nie dem Vertreter als solchem giebt, der herrschenden Meinung und der Übung der Gerichte aber dadurch gerecht zu werden sucht, daß er den Bevollmächtigten, den Verwalter eines bestimmten Interessenkreises selbst zum Verletzten stempelt.[1]) Um diese Ansicht zu stützen, leugnet er mit Scheingründen alle Fälle der Antragsstellvertretung im St. G. B. und den Nebengesetzen bis auf einen.[2]) Noch schwerer als die theoretischen sind die praktischen Bedenken, die Dietz entgegenstehen. Die wichtigsten von diesen sind folgende:

1. Die relativen Antragsdelikte sollen nach Dietz[3]) dem Bevollmächtigten gegenüber Offizialdelikte sein.

Die ratio einer solchen gesetzlichen Bestimmung zu ergründen dürfte schwer gelingen. Wie sollte erklärt werden, daß der Staat die Angehörigen eines Vollmachtgebers so viel schlechter stellte als andere? Sonst lehrt Dietz ja stets,[4]) das öffentliche Recht könne in keinem Fall durch den Privatwillen abgeändert werden;

---

[1]) Dietz, S. 34—38.

[2]) Derselbe, S. 15—18. 22.

Beizutreten ist Dietz darin, daß der aus § 196 als Organ des mitverletzten Staates antragsberechtigte Vorgesetzte des beleidigten Beamten ꝛc und die ausländische Regierung im Fall des § 102 St. G. B, wenn die delliktische Handlung sich gegen den auswärtigen Staat als solchen richtet, ebensowenig Vertreter im Willen sind wie die Organe jeder anderen juristischen Person. (Vergl. Dietz, S. 18. 29 31.) Richtet sich dagegen die Deliktshandlung gegen die Person des fremden Landesherrn, also stets im Falle des § 103 (Beleidigung des ausländischen Landesherrn), zum Teil aber auch im Falle des § 102 St. G. B., so liegt gesetzliche Stellvertretung vor. Der Antrag des § 4 III Abs. 2 St. G. B. (Dietz, S. 28) ist überhaupt kein Antrag im Sinne von § 61 St. G. B. (vergl. Frank.)

[3]) S. 39.

[4]) Z. B. S. 12.

hier aber verficht er die Zuläſſigkeit einer Änderung öffentlichen Rechts durch die bloße Reflexwirkung privaten Willens.

2. Ferner ſoll nach Dietz [1]) der Bevollmächtigte nur bezüglich ſolcher Delikte antragsberechtigt ſein, die in die Zeit ſeiner Vertretung fallen. Hiernach würde er hinſichtlich der vor der Zeit ſeiner Vertretung gegen den Herrn gerichteten Verletzungen alle geeigneten Rechtsmittel ergreifen können, nur daß wirkſamſte, den Strafantrag, nicht. Die Konſtruktion von Dietz kommt in dieſem Fall zu einem Ergebnis, das praktiſch dasſelbe bedeutet wie eine Verwerfung der Stellvertretung, und wird daher auch alle die Vorwürfe tragen müſſen, die Dietz ſelber wider die Gegner der Stellvertretung beim Antrage erhebt.

3. Nach Dietz [2]) kann der von dem Bevollmächtigten geſtellte Strafantrag nur von dieſem, nicht vom Vollmachtgeber zurückgenommen werden.

Während ſonſt überall im Recht der Beauftragte lediglich den Willen des Auftraggebers repräſentiert, ſoll hier der Wille des einen unabhängig neben dem des anderen ſtehen. Der Vollmachtmachtgeber, der ſich einen Vertreter beſtellt, vermeint ſich in ihm einen Gehilfen zu ſchaffen, der ihm die Ausübung ſeiner Rechte erleichtert, nach Dietz aber ſchafft ihm das Geſetz in dem Vertreter einen Widerpart, der dazu beſtimmt erſcheint, ſie ihm möglichſt unmöglich zu machen. [3])-[4])

---

[1]) S. 49 f.

[2]) S. 42 ff.

[3]) Das Dietz'ſche Auskunftsmittel in dieſem Fall, das darin beſteht, daß der Vollmachtgeber für befugt erklärt wird nach Löſung des Vollmachtsverhältniſſes den Vertreterantrag zurückzuziehen, da er ja nun der einzige Vertreter der Intereſſen ſei, in deren Wahrnehmung Antrag geſtellt worden, (Dietz, S. 44) hat jedenfalls nicht den Vorzug der Einfachheit und verſagt zudem, wenn die Vollmacht unwiderruflich iſt (ſiehe B. G. B. § 168 und unten.)

[4]) Aus unſerer Auffaſſung heraus läßt ſich auch einwandsfrei die Frage entſcheiden, welche Wirkung es hat, wenn der Bevollmächtigte oder der Vollmachtgeber die Antragsfriſt verſtreichen läßt. Da ja nach dieſer Auffaſſung der Antragswillen des Vertreters lediglich abgeleiteter Natur iſt, da dieſem nur die Ausübung des Antragsrechts, nicht das Antragsrecht ſelbſt übertragen iſt, ſo ſchadet das Verſtreichen der Friſt für den Bevollmächtigten dem Vollmachtgeber

Die Ausführungen dieses Paragraphen haben im wesentlichen den Zweck darzutun, daß nur die hier verfochtene uneingeschränkte Zulassung der Vertretung beim Antrag den Anforderungen des Lebens völlig Genüge leistet, wobei die Meinung maßgebend war, daß auf diese Weise ein neues wichtiges Argument für die Richtigkeit unserer Ansicht gewonnen werde. Und in der Tat es darf doch vom Gesetzgeber nicht präsumiert werden, daß er die Anforderungen des Lebens nicht beachtet habe. Wollte demgegenüber jemand behaupten, daß durch solche Rücksichtnahme auf das praktische Bedürfnis Wunsch und Verlangen die Herrschaft über die Gesetzesauslegung gewönnen, also Gefühlsregungen, während sie doch ausschließlich ein Ergebnis der Verstandestätigkeit sein soll, so könnte man entgegen, daß, wie es nirgends in der Welt völlige Gegensätze gibt, so auch das Bestreben überall im Rechtssystem bis ins kleinste Detail die notwendige Folge allgemeiner Prinzipien zu erweisen und sich nur von den Grundsätzen starrster Rechtskonsequenz leiten zu lassen, ein Wunsch, unter Umständen ein den Forscher völlig beherrschender, sein Urteil trübender, somit also eine gefühlsmäßige Regung ist, die die Gesetzesauslegung leicht dahin führen kann, Logik und Rechtskonsequenz im Gegensatz zum praktischen Bedürfnis zu denken und sie nur da zu suchen, wo jenes fehlt.

6. Bedeutung für die Rechtssicherheit.

α) Der Fall ausdrücklich erklärten Auftrags.

§ 14.

Die Nichtachtung der praktischen Bedürfnisse tritt bei völligem Ausschlusse der Stellvertretung natürlich am stärksten hervor. Dagegen trifft gerade die vermittelnde herrschende Meinung der Vorwurf die Rechtssicherheit zu gefährden. Diese muß in der Tat,

---

nicht; wohl aber ist das Umgekehrte der Fall. Natürlich hat nicht der Bevollmächtigte dem Staatsanwalt positiv nachzuweisen, daß die Antragsfrist für den Vollmachtgeber noch nicht verstrichen sei; diese Tatsache ergiebt nur einen Ablehnungsgrund gegenüber dem Strafantrag. Auch hier ist Dietz (S. 44 f.), und zwar konsequenter Weise, anderer Ansicht.

wie Cohn [1]) es befürchtet, zu einer großen Willkür in der Abgrenzung der Deliktsgruppen, die Stellvertretung gestatten und derjenigen, die sie ausschließen, führen.[2]) Die Stellvertretung beim Strafantrage soll hiernach nur bei den nicht „gegen immaterielle Rechtsgüter oder gegen die Person selbst unmittelbar“ [3]) gerichteten Antragsdelikten zulässig sein. Schon durch die Heraushebung der immateriellen Rechtsgüter wird die größte Unsicherheit geschaffen. Denn in der Regel wird sich neben jedem materiellen Rechtsgut ein zugleich mitverletztes ideelles konstruieren lassen. Übrigens schützt § 123 St. G. B., ein Tatbestand, bei dem doch in der Regel Stellvertretung zugelassen wird [4]), ohne Zweifel ein immaterielles Rechtsgut, nämlich „das ruhige Bewußtsein in seiner Wohnung ꝛc sein Leben nach freiem Belieben gestalten zu können.“ (R. Schmidt). Bezüglich der gesamten Ausnahmefälle, bei denen Stellvertretung ausgeschlossen sein soll, ist zu bemerken, daß eben das Recht im Prinzip nicht auf das höchst individuelle Empfinden des einzelnen Rücksicht nimmt; ihm sind die Menschen in wesentlichen Beziehungen fungibel. So steht das Strafrecht, wenn es einen Angriff auf Rechtsgüter zu beurteilen hat, auf dem objektiven Standpunkt der Gesellschaftsinteressen, und diesen Standpunkt verläßt es auch nicht gegenüber Delikten, die wie Beleidigung und Körperverletzung gegen die Person gerichtet sind, obwohl es hier den individuellen Verhältnissen Rechnung trägt. Das persönliche von objektivem Standpunkt überhaupt nicht faßbare Empfinden wird auch von Strafrecht nur ganz ausnahmsweise berücksichtigt, und zwar nur in den Fällen, wo zum Tatbestande des Delikts die ausdrückliche Konstatierung eines Ärgernisses gehört oder wo das angegriffene Rechtsgut selbst dem Gebiete des Fühlens angehört (R. Schmidt). Von derartiger Beschaffenheit sind aber im St. G. B. weder die Antragsdelikte generell noch insbesondere Beleidigungen und Körperverletzungen. Überall aber, wo eine Verletzung objektiv meßbar ist, kann auch die Frage nach dem

---

[1]) S. 25 ff.
[2]) Vergl. Dietz, S. 11.
[3]) Olshausen, S. 312. Köhler S. 69. Cohn, S. 26.
[4]) cfr. Frank, S. 162, IV.

Bedürfnis einer Bestrafung von jeder beliebigen Person, somit auch von einem Stellvertreter genügend beantwortet werden.

Einmütigkeit besteht unter den Schriftstellern, die die Stellvertretung beim Strafantrag nicht gänzlich ausschließen, eigentlich nur hinsichtlich der Antragsdelikte der sog. strafrechtlichen Nebengesetze, wobei die Meinung vertreten wird, daß es sich hier einerseits um reine Vermögensdelikte handele, andererseits aber die strafrechtlichen Nebengesetze die Grundsätze des St. G. B. für den Strafantrag, besonders das Prinzip der Höchstpersönlichkeit,[1]) bisweilen durchbrochen hätten.[2]) Was zunächst die letztere Behauptung betrifft, so kann jedoch nicht zugegeben werden, daß der Strafantrag der Nebengesetze und des St. G. B. wesensverschieden seien[3]); ebenso ist es keineswegs ohne weiteres klar, daß bei den Antragsdelikten der Nebengesetze die geschützten Rechtsgüter rein vermögensrechtlicher Natur sind; vielmehr handelt es sich ja hier nach der herrschenden Meinung vielfach um sog. Individualrechte. Allerdings ist die Möglichkeit der Konstruktion der Individual- bezw. Persönlichkeitsrechte sehr bestritten (besonders von Binding). Jedenfalls sind diese Rechte trotz mancher Gemeinsamkeiten im einzelnen so verschiedenartig, daß aus ihrem allgemeinen Wesen überhaupt nicht viel geschlossen werden kann. So sind sie z. B. in der Regel zwar höchst persönlich, bisweilen aber auch übertragbar (Firma, Urheberrechte); desgleichen haben sie zum Teil Vermögenswert (Immaterialgüterrechte), zum Teil nicht.

Der Vorwurf die Rechtssicherheit zu gefährden trifft auch die Theorie von Dietz. Allerdings, bei welchen Antragsdelikten Stellvertretung statthaft sein soll und bei welchen nicht, das sagt er mit wünschenswerter Klarheit[4]). In dieser Hinsicht könnten höchstens seine Ausführungen bezüglich der Beleidigung[5]) einigermaßen zu Zweifel Anlaß geben. Aber in anderer Richtung gibt Dietz desto

---

[1]) Cohn, S. 17 ff.
[2]) Vergl. auch R. G. XV, S. 293 und I, S. 178.
[3]) Vergl. R. G. XV, 293 und I, 178.
[4]) S. 38—42.
[5]) S. 40 ff.

mehr der Willkür Raum, indem er einerseits den Antrag eines Willensstellvertreters nur dann für wirksam erkärt, wenn festgestellt ist, daß durch das betreffende Antragsdelikt nicht nur Interessen des Vollmachtgebers, sondern auch solche des Bevollmächtigten verletzt sind, nämlich dessen „selbständiges Interesse daran, daß seine Stellung als Vertreter respektiert werde, daß das ihm Anvertraute unversehrt bleibe“ [1]), andererseits aber die Regel aufstellt, „man werde eine solche Verletzung verneinen dürfen, wenn sich der Antrag etwa gegen das Interesse des Vollmachtgebers wenden könnte“. [2]) In dieser Verklausulierung des Antragsrechtes des Vertreters sieht Dietz einen Hauptvorzug seiner Konstruktion. [3]) In Wahrheit liegt jedoch hier ein Rückschritt vor, ein Rückschritt hinter die ganze Linie der Vertreter der herrschenden Meinung. Gesetzt den Fall, jemand habe seinen Vertreter durch ausdrücklichen Auftrag ermächtigt bei allen gegen ihn gerichteten Kreditgefährdungen, Patentverletzungen, Sachbeschädigungen u. s. w. für ihn Antrag zu stellen, so ist hier nach der herrschenden Meinung kein Grund zum Zweifel. Der vom Vertreter gestellte Antrag führt zur Strafverfolgung, wenn nur im konkreten Fall der Vollmachtgeber in der Tat antragsberechtigt und der Bevollmächtigte in Wahrheit vom Vollmachtgeber zur Antragstellung ermächtigt ist. Nach Dietz [4]) darf auch in solchem Fall „die in Frage kommende Behörde“ den Antrag des Vertreters nur dann als rechtsgültig ansehen, wenn auch der Vertreter selbständig verletzt ist und wenn sich die Antragstellung nicht etwa gegen die Interessen des Vertretenen richten kann. Wenn bei Dietz in dieser Weise die Wirksamkeit des Vertreterantrags an so zahlreiche Bedingungen geknüpft ist, so muß man zum mindesten sagen, er macht es den Gegnern der Vertretung beim Antrag leicht, unter äußerer Anerkennung seiner Theorie ihre Meinung zu Geltung zu bringen. Was übrigens den Umstand anlangt, daß nach Dietz der Antrag des Vertreters zurückgewiesen werden muß, wenn er sich gegen das

[1]) Dietz, S. 36.
[2]) S. 46.
[3]) S. 47 f.
[4]) S. 46.

Interesse, also nicht notwendig auch gegen den Willen [1]) des Vollmachtgebers richten kann, während der Antragsberechtigte selbst auch nach Dietz ungehindert gegen sein Interesse Antrag stellen darf, so ist nicht einzusehen, warum der Antragsberechtigte, der einen Vertreter hat, auf solche Art bevormundet werden soll. Endlich dürfte auch das Dietzsche [2]) Ergebnis, daß der Vertreter wohl bei einer Beleidigung seines Vollmachtgebers – unter Umständen wenigstens —, nie aber bei einer Körperverletzung desselben wirksam Antrag stellen kann, von unserem Standpunkt aus wenig befriedigend sein. Eher würden wir das umgekehrte Ergebnis verstehen; denn die körperliche Integrität des einzelnen ist lange nicht in dem Maße der objektiven Meßbarkeit entzogen wie die Ehre, die etwas so Höchstpersönliches ist, daß jeder Stand, ja, fast jeder Mensch seine eigenen Begriffe davon hat.

β) Der Fall blos konkludenten Auftrags.

§ 15.

Zweifel können allerdings entstehen, wenn die Auftragserteilung nur aus schlüssigen Tatsachen abgeleitet wird, besonders bei jenen Delikten, bei denen die herrschende Meinung Bedenken trägt überhaupt eine Vertretung zuzulassen. Jedenfalls aber darf aus einer solchen eventuell einmal im einzelnen Fall obwaltenden Unsicherheit kein Bedenken gegen die Gestattung der Stellvertretung auf Grund ausdrücklicher Erklärung hergenommen werden; andererseits gilt alles, was gegen die Zulassung einer Vertretung auf Grund bloßer Konkludenz vorgebracht wird, gegen die Zulassung eines vermuteten Willens im Recht überhaupt, und die Gegner jener müßten konsequent auch diesen zu beseitigen versuchen, ein Ziel, das natürlich unerreichbar wäre.

Vorsichtige Auslegung erscheint hier freilich geboten. Stillschweigend erteilte Vollmacht zur Stellung von Strafanträgen wird nur dann anzunehmen sein, wenn ein auf Erteilung solcher Vollmacht

[1]) S. 48 Interesse und Wille auch von Dietz unterschieden.
[2]) S. 40 f.

zielender Wille deutlich zum Ausdruck gebracht ist.[1]) Das trifft namentlich dann zu, wenn ein Recht des Vollmachtgebers verletzt ist, das in Bezug zu dem in Verwaltung des Bevollmächtigten gegebenen Vermögen steht. Das angegriffene Rechtsgut braucht dabei nicht notwendig vermögensrechtlicher Natur zu sein; es genügt, daß es sich um ein Rechtsgut handelt, dessen ungestörter Besitz zur freien Bewegung in dem betreffenden Vermögenskreise unentbehrlich ist.[2]) Dagegen wird ein solcher Wille des Vollmachtgebers nicht anzunehmen sein, wo bei der Antragsberechtigung persönliche Verhältnisse in Betracht kommen (z. B. relative Antragsdelikte); hier wird in der Regel eine konkludente Vollmachterteilung nicht zu konstruieren sein.

Bei Erteilung einer Generalvollmacht kommt es auf das zu Grunde liegende Auftragsverhältnis an, in der Weise, daß Vollmacht zur Stellung von Strafanträgen nur da zu vermuten sein wird, wo dem Bevollmächtigten tatsächlich Vermögen in Verwaltung gegeben ist, und nur hinsichtlich dieses Vermögens, mag die Vollmacht sonst auch noch so generell gestellt sein.[1])

Ganz dasselbe gilt bei der Prokura; die speziellen Vorschriften des H. G. B. §§ 49. 50 über den gesetzlichen Umfang der Vollmacht und ihre Unbeschränkbarkeit nach außen, die dazu geführt haben den Prokuristen mit einiger Übertreibung „als alter ego" seines Prinzipals zu bezeichnen" (Thöl), besitzen nur privatrechtliche Bedeutung und daher keine Geltung für die dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehörende Berechtigung zur Stellung von Strafanträgen.[3]) Es würde daher in keiner Weise aus der Unbeschränkbarkeit der Prokura nach außen gefolgert werden dürfen, daß „ein gegen den erklärten Willen des Prokuragebers vom Prokuristen gestellter Strafantrag vom Richter als wirksam anerkannt werden müßte.[4]) Auch bei der Prokura ist für die Frage, ob der Prokurist zur Stellung von Strafanträgen berechtigt sei, „allein entscheidend, daß im einzelnen Fall angenommen werden kann, es entspreche die

---

[1]) R. G. I, S. 389.
[2]) Köhler, S. 66.
[3]) Staub, S. 208 I, vergl. Fuchsberger und Gareis S. 142 XIX.
[4]) R. G. XV, S. 144.

Stellung des Antrags dem wirklichen Willen des Machtgebers".[1]) Demgemäß wird die Erklärung eines entgegengesetzten Willens auch bei unwiderruflicher Vollmacht den dennoch vom Vertreter gestellten Antrag unwirksam machen. Somit ist die Möglichkeit der Zulassung einer Stellvertretung bei der Prokura auch nicht etwa deswegen größer, weil die Prokura stets frei widerruflich ist (§ 52 H. G. B.), während dies bei sonstigen Vollmachten nach § 168 B. G. B. nicht unbedingt der Fall sein muß.[2])

C.

Schluß: Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 16.

„Eine negotiorum gestio bei der Antragsstellung kann selbst verständlich als genügende Legimation hierzu nicht erachtet werden".[3])[4])[5])

Zu ihrer Zulassung ist auch von der Annahme einer Stellvertretung auf Grund stillschweigenden Auftrags noch ein großer Schritt. Bei einem Vertreter steht fest, daß der Vertreter für ihn will, und es wird nur vermutet, daß der Wille des mit Willen des Vertretenen für ihn wollenden Vertreters im einzelnen Fall dessen Willen entspreche.

Zwischen Vertreter und Vertretenem bestehen in der Regel nähere Beziehungen, die eben der Grund sind, daß der erstere den Vertreter

---

[1]) Makower, S. 91 III b.

[2]) vergl. zu diesem Paragraphen auch Dietz, S. 50 f.

[3]) Dietz, S. 8.

[4]) Ebensowenig lassen sich die Grundsätze über die — durch B. G. B. beseitigte — vermutete Vollmacht des A. L. R. §§ 119—113; I, 13 auf die Antragstellung anwenden; es handelt sich hier um singuläre Bestimmungen, die nur für Privatrechtsverhältnisse Geltung haben (R. G. VII, S. 4 ff.)

[5]) Dietz erörtert die Zulässigkeit der negotiorum gestio in dem Paragraphen über Stellvertretung in der Erklärung. Das ist systematisch unrichtig; der negotiorum gestor ist stets Stellvertreter im Willen. Denn in der Tat kann, wie das von Dietz (S. 8 f.) angezogene Citat aus Barnau mit Recht besagt, von Stellvertretung in der Willenserklärung da nicht die Rede sein, wo zur Erklärungszeit bei dem Vertretenen ein Wille überhaupt nicht besteht oder doch nicht kundbar ist.

bevollmächtigt. Der Vertreter kennt in der Regel die Verhältnisse des Vertretenen. Der negotiorum gestor ist eine ganz beliebige Person; Geschäftsführer und Geschäftsherr können sich gegenseitig völlig unbekannt sein.[1]) Daß ein solcher Geschäftsführer in dem Maße wie ein Bevollmächtigter fähig sein werde, zu wissen, was der Vertretene gewollt haben würde, steht nicht zu erwarten. Freilich könnte man sagen, die in Betracht kommenden Behörden hätten eben den Antrag von Personen, die nicht hinreichend mit den Verhältnissen und dem Charakter des Antragsberechtigten vertraut wären, zurückzuweisen, weil nicht vermutet werden könne, daß der Vertretene eine Antragstellung durch solche Personen wolle;[2]) aber diese Meinung giebt die Entscheidung darüber, ob ein Antragsdelikt verfolgt werden soll, in solchem Fall so sehr den Behörden in die Hand, daß es fast besser wäre, das Delikt einfach ex officio zu verfolgen.

Will man übrigens wenigstens alle informierten Personen als negotiorum gestores zur Antragsstellung zulassen, so wird man auch den informierten Staatsanwalt als negotiorum gestor nicht zurückweisen können. Nun sind doch aber Antragsdelikte solche Delikte, bei denen die Anklage nicht ex officio zu erheben, sondern von einer Bedingung abhängig ist, deren Setzung nicht vom Willen des Staatsanwalts abhängt; dies macht gerade ihr Wesen aus. Zulassung der negotiorum gestio würde sonach dem Wesen der Antragsdelikte widerstreiten.[3])

Was die von Dietz, S. 37, angeführte Obertribumalsentscheidung betrifft, wonach der Vater, der während der Abwesenheit seines Sohnes im Kriege dessen Gastwirtschaft verwaltet, zur Stellung

---

[1]) vergl. Fischer u. Henle zu B. G. B. § 677.

[2]) vergl. § 677 B. G. B., wonach der Geschäftsführer verpflichtet ist das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willens erfordert.

[3]) Dasselbe gilt natürlich von unserem Standpunkte von der Zulassung der Offizialverfolgung. In Fällen, in denen ein antragsberechtigter Vertreter nicht vorhanden oder in denen er rechtlich oder tatsächlich an der Vertretung des Berechtigten verhindert ist (vergl. Frank II zu § 65 R. G. B.), kann nur durch Bestellung eines Pflegers geholfen werden.

des Strafantrags wegen Hausfriedensbruches legitimiert ist, so muß man ihr allerdings beipflichten; aber der Vater stellt hier den Antrag nicht als negotiorum gestor. Antragsberechtigt in § 123 St. G. B. ist ja nicht der Eigentümer des Hauses, der Wohnung, 2c. sondern der Inhaber des Hausrechts, gleichgültig ob er Vertreter im Rechtssinne, negotiorum gestor oder keines von beiden ist. Der Vater, der während der Abwesenheit seines Sohnes im Kriege dessen Gastwirtschaft verwaltete, war hiernach antragsberechtigt zu eigenem Recht, war Verletzter im Sinne des St. G. B.[1])

Der wichtigste Grund endlich gegen die Zulassung einer negotiorum gestio beim Strafantrag ist folgender: Wenn im Zivilrecht der Geschäftsherr die Handlungen des Geschäftsführers nicht genehmigt, so ist der Geschäftsführer, falls die Übernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch stand und wenn der Geschäftsführer dies erkennen mußte, dem Geschäftsherrn zum Ersatze des aus der Geschäftsführung entstehenden Schadens verpflichtet. (§ 678 B. G. B.).

Ist aber einmal ein Strafverfahren eingeleitet, ein Urteil gefällt, eine Strafe verbüßt, so ist nicht abzusehen, wie deshalb ein Schadenersatzanspruch des Geschäftsherrn substantiiert werden könnte.

Dagegen dürfte m. E. rechtzeitige Genehmigung durch den Antragsberechtigten den vom negotiorum gestor gestellten Antrag wirksam machen,[2]) gleichgültig ob sie der Behörde oder dem gestor erklärt ist, wenn letzterer nur dies der Behörde genügend dartun kann. Eine neue Antragstellung zu fordern würde m. E. formalistisch sein, da ja aus der Genehmigung ebenfalls der Wille des Berechtigten den Täter zur Verantwortung zu ziehen hervorgeht, und auf diesen Willen allein kommt es an.

---

[1]) vergl. Frank.
[2]) Dietz, S. 9.